

Arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen bei den Verträgen kampfbeteiligter mit kampfunbeteiligten Unternehmen

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der**

Westfälischen Wilhelms - Universität

vorgelegt von

Dieter Strempel

aus Habelschwert, Grafschaft Glatz / Schles.

1968

1969

Arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen bei den Verträgen kampfeteiligter mit kampfunbeteiligten Unternehmen

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der**

Westfälischen Wilhelms - Universität

vorgelegt von

Dieter Stempel

aus Habelschwert, Grafschaft Glatz / Schles.

1 9 6 9



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Zweiter Berichterstatter: Priv.Do. Dr. Hofmann

Dekan: Prof. Dr. H. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1968

Meinem Vater



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	7
Literaturverzeichnis	9

A. EINLEITUNG

§ 1	PROBLEMATIK AUS RECHTLICHER UND WIRTSCHAFT- LICHER SICHT	
	I. Fälle	20
	II. Rechtliche Problematik	20
	III. Wirtschaftliche Bedeutung	22
§ 2	BEGRIFFE UND ABGRENZUNG DES THEMAS	
	I. Arbeitskampf	26
	1. Begriffselemente	26
	2. Arten	26
	a) Streik	26
	b) Aussperrung	26
	c) Boykott	27
	3. Rechtmäßigkeit der Arbeitskamps	27
	II. Kampfeteiligte und kampfunteteiligte Unter- nehmen	27
	III. Verträge	28
	IV. Arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen	30
	1. Gläubigerverzug	31
	2. Schuldnerverzug	31
	3. Unmöglichkeit	32
	4. Verhältnis von Schuldnerverzug und Unmög- lichkeit	32

B. HAUPTTEIL

ERSTER ABSCHNITT: Gesetzliche Folgen arbeitskampfbeding- ter Leistungsstörungen

§ 3	TATBESTAND - RECHTSWIDRIGKEIT - VERSCHULDEN BEI DER VERTRAGLICHEN HAFTUNGSNORM	34
-----	---	----

§ 4 TATBESTAND

I. Kausalität	35
II. Streik	40
1. Ansicht von Lauschke	40
2. Stellungnahme	42
III. Aussperrung	46

§ 5 RECHTSWIDRIGKEIT

I. Allgemein	47
1. Rechtswidrigkeit im Vertragsrecht	48
a) Handlungsunrecht	50
b) Erfolgsunrecht	52
c) Aufwandsqualifiziertes Erfolgsunrecht ...	52
2. Stellungnahme	53
II. Streik	63
III. Aussperrung	64
1. Rechtswidrigkeit trotz rechtmäßiger Aus- sperrung	64
2. Eventuelle Rechtfertigungsgründe	64
a) Sozialadäquanz der Aussperrung	64
b) Arbeitgeber-Unternehmer-Solidarität	65
c) Rechtfertigende Einwilligung	66
d) Übergesetzlicher Notstand	66

§ 6 VERSCHULDEN

I. Allgemein	67
II. Streik	68
1. Unverschuldete Unmöglichkeit (§ 275 BGB) ...	68
a) Ansicht von Mayer-Maly-Nipperdey	68
b) Stellungnahme	74
2. Haftung für eigenes Verschulden (§ 276 BGB).	82
a) Streikverschulden	83
aa) Meinungsstand	86
bb) Stellungnahme	87
b) Vorsorgeverschulden	90
aa) Meinungsstand	90
bb) Stellungnahme	92
3. Haftung für fremdes Verschulden (§ 278 BGB).	94
a) Meinungsstand	95
b) Stellungnahme	96

	Seite
4. Haftung ohne Verschulden (§ 279 BGB).....	98
5. Keine Entschuldigungsgründe	99
III. Aussperrung	100
1. Schuldform	100
2. Übergesetzlicher Notstand als Entschuldigungsgrund	102
 § 7 BEFREIUNG WEGEN WEGFALLS DER GESCHÄFTSGRUND- LAGE .	
I. Allgemein	103
II. Streik	105
III. Aussperrung	106
 § 8 HAFTUNGSUMFANG UND MITVERSCHULDEN	
I. Haftungsumfang (§§ 249 ff.BGB)	107
II. Mitverschulden (§ 254 BGB)	108
1. Mitverursachung (§ 254 Abs.1 BGB).....	108
2. Schadensminderung (§ 254 Abs.2, S.1, 1.Alt. BGB).....	109
3. Schadensabwendungs- oder Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs.2, S.1, 2.Alt.BGB).....	109
 § 9 ZUSAMMENFASSUNG	110
 <u>ZWEITER ABSCHNITT:</u> Haftungsausschluß durch Freizeichnungsklauseln	
 § 10 FREIZEICHNUNGSMÖGLICHKEIT	
I. Praktische Konsequenz der gesetzlichen Haftungsfolgen	111
II. Freizeichnung beim Streik	111
III. Freizeichnung bei der Aussperrung	112
1. Wortinterpretation des § 276 Abs.2 BGB	112
2. Ansicht von Brox-Rüthers	113
3. Stellungnahme	114
IV. Vereinbarung der Freizeichnungsklauseln	117
1. Einzelvertrag	117
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen	120

§ 11	FREIZEICHNUNGSKLAUSEL	
	I. Art der Klausel	121
	II. Wortlaut der Klausel	122

C. SCHLUSS

§ 12	ERGEBNIS UND RECHTSPOLITISCHER HINWEIS	123
------	---	-----

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O. ...	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Der Arbeitgeber
ArbR	Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMdJ	Bundesministerium der Justiz
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
f(f)	folgend(e)
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Großer Senat
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
HGB	Handelsgesetzbuch

i.S. im Sinne
i.V. in Verbindung
JR Juristische Rundschau
JW Juristische Wochenschrift
JZ Juristenzeitung
LAG Landesarbeitsgericht
LM Lindenmaier-Möhring (Nachschlagewerk
des Bundesgerichtshofes)
LZ Leipziger Zeitschrift für deutsches
Recht
MDR Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E. meines Erachtens
m.w.N. ... mit weiteren Nachweisen
NJW Neue Juristische Wochenschrift
OLG Oberlandesgericht
RAG Reichsarbeitsgericht
RdA Recht der Arbeit
RG Reichsgericht
RGRK Reichsgerichtsratemarkommentar zum BGB
RGRK-HGB . Reichsgerichtsratemarkommentar zum HGB
RGZ Entscheidungen des Reichsgerichts in
Zivilsachen
Rdnr. ... Randnummer
S. Seite(n)
s.O. siehe oben
StGB Strafgesetzbuch
s.u. siehe unten
UNICE Union der Industrien der Europäischen
Gemeinschaft
u.a. unter anderem(n)
VersR Versicherungsrecht
vgl. vergleiche
Vorbem. .. Vorbemerkung
z.B. zum Beispiel
Ziff. Ziffer
zit. zitiert
z.T. zum Teil
ZPO Zivilprozeßordnung

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|-----------------|--|
| ab-Yberg | Die Strikes und ihre Rechtsfolgen,
Diss., Zürich 1903. |
| Ballerstedt | Arbeitskampf und Lohnrisiko, AuR
1966, S.225 - 235. |
| Bartholomeyczik | Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit
und Gegengewichtsprinzip in der mo-
dernen Rechtsentwicklung,
AcP 166 (1966), S.30 - 75.

Die Kunst der Gesetzesauslegung,
3. Aufl., Frankfurt 1965. |
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch, Kommentar, 18.
Aufl., München 1968. |
| Beitzke | Höhere - Gewalt - Klauseln, DB 1967,
S.1751 - 1754. |
| v.Beringe | Streik und Aussperrung bei Auslands-
geschäften, DB 1963, S.757 - 759. |
| Bernert | Zur Lehre von der "sozialen Adaequanz"
und den "sozialadaequaten Handlungen"
(Ein Beitrag zum Recht der unerlaubten
Handlungen), Beiträge zum Arbeitsrecht,
Band 3, Marburg 1966. |
| Bettermann | Anmerkung zu BGH (GS) 24, 21, NJW
1957, S. 986 - 987. |
| Blomeyer | Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl.,
Berlin und Frankfurt 1964. |
| BMdJ | Referentenentwurf eines Gesetzes zur
Änderung und Ergänzung schadensersatz-
rechtlicher Vorschriften, I. Wortlaut,
II Begründung, Karlsruhe 1967. |
| Bobrowski-Gaul | Das Arbeitsrecht im Betrieb (von der
Einstellung bis zur Entlassung), 5.
Aufl., Heidelberg 1965. |
| Böttcher | Waffengleichheit und Gleichbehandlung
der Arbeitnehmer im kollektiven Ar-
beitsrecht, Schriftenreihe Juristi-
sche Studiengesellschaft Karlsruhe,
Heft 23, Karlsruhe 1956. |
| Brox | Die Einschränkung der Irrtumsanfech-
tung, Karlsruhe 1960.

Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussper-
rung auf den Arbeitsvertrag, in: Fest-
schrift für H.C.Nipperdey zum 70. Ge-
burtstag, München und Berlin 1965,
Bd.II, S.55 - 77. |

- Brox-Rüthers Arbeitskampfrecht, Ein Handbuch für die Praxis, Stuttgart 1965, (zit.: Brox-Rüthers).
- Bulla Arbeitsrecht-Blattei (Blattei-Handbuch, Rechts- und Wirtschaftspraxis), Stuttgart.
- Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfs, in: Festschrift für H.C. Nipperdey zum 60. Geburtstag, München und Berlin 1955, S.163 - 192.
- Rechtsfolgen von Aussperrungsmaßnahmen für Lieferungsverträge, DB 1963, S.755 - 757.
- Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, in: Festschrift für H.C.Nipperdey zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1965, Bd.II, S.79 - 104.
- Sympathie-Maßnahmen im Arbeitskampf, in: Festschrift für E.Molitor zum 75. Geburtstag, München und Berlin 1962, S.293 - 306.
- Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Thesen und Stellungnahme des Arbeitskreises I der Göttinger Geschäftsführerkonferenz vom 6. - 8.Mai 1965 zum Thema "Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf", Schriftenreihe der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände Heft 40, S.48 ff.
- v.Caemmerer Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1962.
- Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, Bd.II, S.49 - 136.
- Canaris Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 3, Berlin 1964.
- Deutsch Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963.

- Dohnau Arbeitskampf und Lieferverträge,
Diss., Köln 1967.
- Durand Streik und Aussperrung nach franzö-
sischem Recht, in: Sammlung des Ar-
beitsrechts, 2. Das Arbeitsrecht in
der Gemeinschaft, V. Streik und Aus-
sperrung, Luxemburg 1961, S.189 - 236.
- Edelmann Haftung des Arbeitgebers bei Streik
(dem Kunden und Dritten gegenüber),
Diss., Marburg 1930.
- Ehrlich Die juristische Logik, AcP 115
(1917), S.125 - 439.
- Eisenstein Der Lohnanspruch der Arbeitswilligen
bei Streik und Aussperrung, Köln 1963.
- Engisch Die Einheit der Rechtsordnung,
Heidelberg 1935.
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15.
Bearbeitung, Tübingen 1958.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Tübingen,
14. Aufl., 1952, 1955,
(zit.: Enneccerus-Nipperdey, 14.Aufl.),
15. Aufl., 1959, 1960,
(zit.: Enneccerus-Nipperdey).
- Erman Der Sphärengedanke als Gesichtspunkt
für die Verteilung der Preisgefahr
beim Werkvertrag, JZ 1965, S.657 -
661.
- Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, 4. Aufl., Münster 1967.
- Esser Arbeitskampf und Vertragstreue,
JZ 1963, S.489 - 494.
- Schuldrecht, Allgemeiner und besonde-
rer Teil, Ein Lehrbuch, 2. Aufl.,
Karlsruhe 1960.
- Fikentscher Das Schuldrecht, Berlin 1965.
- Fröhlich-Eberstein Vertragsklauseln im Bereich der Konsum-
güterindustrie, Bergisch-Gladbach 1962;
Ergänzung zu Fröhlich-Eberstein "Ver-
tragsklauseln", 1966.

- Galperin Sozialadaequanz und Arbeitskampf-
ordnung, in: Festschrift für H.C.
Nipperdey zum 70.Geburtstag, Mün-
chen und Berlin 1965, Bd. II,
S.197 - 220.
- Gaul Rezension: Das Arbeitsrecht der Ge-
genwart, hrsg. von G.Müller, Bd.4:
Dokumentation 1967, Bielefeld 1967,
NJW 1968, S.490.
- Gift Fragen der Abwehraussperrung, RdA
1960, S.166 - 172.
- Grober Zur Haftungsfrage des Arbeitgebers
im Falle eines Streiks seiner Arbeit-
nehmer, Diss.,Göttingen 1930.
- Heck Grundriß des Schuldrechts, Tübingen
1929.
- Hohn Unternehmerhaftung gegenüber Ge-
schäftspartnern bei Arbeitskämpfen,
DB 1965, S.501 -506.
- Unternehmerhaftung gegenüber Ge-
schäftspartnern bei Arbeitskämpfen,
Schriftenreihe "Der Betrieb", Düs-
seldorf 1965,
(zit.: Hohn).
- Horion Streik und Aussperrung nach belgischem
Recht, in: Sammlung des Arbeitsrechts,
2.Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft,
V. Streik und Aussperrung, Luxemburg
1961, S.145 - 188.
- Zusammenfassender Bericht, ebenda,
S.7 - 78.
- Hueck-Nipperdey Grundriß des Arbeitsrechts, 4.Aufl.,
Berlin und Frankfurt 1968,
(zit.: Hueck-Nipperdey,Grundriß).
- Lehrbuch des Arbeitsrechts, Berlin
und Frankfurt, Bd.I, 7.Aufl., 1963,
(zit.: Hueck-Nipperdey I),
Bd.II, 6. Aufl., 1957,
(zit.: Hueck-Nipperdey II),
Bd.II, 1. Halbband, 7. Aufl., 1967,
(zit.: Hueck-Nipperdey II/1).
- Isele Empfiehlt es sich, die Haftung des
Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeit-
geber abweichend vom Schuldrecht des
BGB zu regeln?, NJW 1964,S.1441 -
1449.

- Jaerisch Zum Problem des Betriebsrisikos,
JR 1958, S.287 - 293.
- Johst Die Versicherung des Streikrisi-
kos, Diss., Köln 1927.
- Jorns Das Betriebsrisiko (unter besonde-
rer Berücksichtigung der Rechtspre-
chung nach dem zweiten Weltkriege),
Abhandlungen zum Arbeits- und Wirt-
schaftsrecht, Bd.2, Heidelberg 1957.
- Kauffmann Das Betriebsrisiko nach der Rechtspre-
chung des BAG, DB 1957, S.845 - 847.
- Die Solidarität und ihre Wirkung
auf das Arbeitsverhältnis (im Lich-
te der Rechtsprechung des BAG),
DB 1966, S.33 - 35.
- Kliege Rechtsprobleme der AGB in wirt-
schaftswissenschaftlicher Analyse
unter besonderer Berücksichtigung
der Freizeichnungsklauseln, Göttin-
ger Rechtswissenschaftliche Studien,
Göttingen 1966.
- Knevels Der Arbeitskampf in der Metallin-
dustrie Baden-Württembergs,
ArbG 1963, S.364 - 366.
- Knisper Die Streikversicherung in Deutsch-
land, ihre Entwicklung und heutiger
Stand, Diss., Nürnberg 1928.
- Knopp Die Europäische Sozialcharta,
RdA 1965, S.4 - 9.
- Krückmann Unmöglichkeit und Unmöglichkeitspro-
zeß; zugleich eine Kritik der Entwür-
fe Rußlands, Ungarns und der Schweiz,
AcP 101 (1907), S.1 - 306.
- Zur Streikklausel, AcP 101, (1907),
S.429 - 434.
- Küchenhoff Leistungsstörungen im Arbeitsver-
hältnis, AuR 1965, S.129 - 139.
- Lange Empfiehlt es sich, die Haftung für
schuldhaft verursachte Schäden zu be-
grenzen? Kann für den Umfang der Scha-
densersatzpflicht auf die Schwere des
Verschuldens und die Tragweite der ver-
letzten Norm abgestellt werden? - Gut-
achten für den 43.Deutschen Juristen-
tag, Tübingen 1960.

- Larenz Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967.
- Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München und Berlin 1963.
- Lehrbuch des Schuldrechts, 8. Aufl., München und Berlin 1967,
Bd.1, Allgemeiner Teil
(zit.: Larenz I),
Bd.2, Besonderer Teil
(zit.: Larenz II).
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
- Rechtswidrigkeit und Handlungsbe-
griff im Zivilrecht, in: Festschrift
für H.Dölle, Tübingen 1963, Bd. I,
S.169 - 200.
- Lauschke Zur Haftung des Unternehmers für
Ausfall seiner Lieferungen wegen
Arbeitskampfes, DB 1966, S.137 -
143.
- Lehmann, J. Strikes, Aussperrungen und Verträge,
Diss., Leipzig 1907.
- Lehmann, H.-Hübner Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl.,
Berlin 1966.
- Leonhard Allgemeines Schuldrecht des BGB
(Das Schuldrecht des BGB, erster
Band), München und Leipzig 1929.
- Lobe Der Einfluß des bürgerlichen Rechts
auf das Strafrecht, in: Festgabe
für R.v.Frank zum 70. Geburtstag,
Tübingen 1930, Bd.I, S.33 - 61.
- Löwisch, G. Die drittbetroffenen Betriebe im
Arbeitskampf, ArbG 1965, S.216.
- Löwisch, M. Leistungsstörungen infolge von Ar-
beitskämpfen, DB 1962, S.761 - 763.
- Lohnansprüche bei Arbeitsausfall
infolge von Arbeitskämpfen,
RdA 1967, S. 45 - 50.
- Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung
von Forderungsverletzungen, AcP 165
(1965), S.421 - 452.

- Löwisch, M. Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bei Betriebsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, DB 1963, S.899 - 901.
- Lorenz Einfluß von Streik und Aussperrung auf die Lieferungsverträge der Großindustrie, Diss., Jena 1914.
- Lukes § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, S.1897 - 1901.
- Mayer-Maly Der Arbeitskampf - Ordnungsaufgabe und Prüfstein demokratischer Reife, RdA 1965, S.134 - 135.
- Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf (Vortrag auf der Geschäftsführerkonferenz der Deutschen Arbeitgeberverbände vom 6. bis 8.5.1965 in Göttingen), Düsseldorf 1965, (zit.: Mayer-Maly).
- Rezension: Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl., Köln 1964, RdA 1965, S.37.
- Rezension: Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965, RdA 1965, S.432 - 434.
- Mayer-Maly-Nipperdey Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Schriftenreihe "Recht und Arbeit", Heft 304/305, Tübingen 1965, (zit.: Mayer-Maly - Nipperdey).
- Mengoni Streik und Aussperrung nach italienischem Recht, in: Sammlung des Arbeitsrechts, 2. Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, V. Streik und Aussperrung, Luxemburg 1961, S.237 - 312.
- Molenaar Streik und Aussperrung nach niederländischem Recht, in: Sammlung des Arbeitsrechts, 2. Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, V. Streik und Aussperrung, Luxemburg 1961, S.343 ff.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl.Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.II, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

- Müller, F. Die Auswirkung von Arbeitskämpfen auf Lieferverpflichtungen der Unternehmer, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd.4 - Dokumentation für das Jahr 1966 -, Berlin 1967, S.71 - 92.
- Müller, G. Gedanken zum Koalitionsrecht, DB 1957, S.718 - 721.
- Müller, K. Streik und Aussperrung: in Freiheit und Ordnung, Heft 33, Mannheim 1963.
- Münzberg Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und der Haftung, Jur. Abhandlungen, Bd.IV, Frankfurt 1966.
- Neugebauer Inwiefern kann durch Streik oder Aussperrung dem Unternehmer die Erfüllung eines Liefervertrages unmöglich werden?, Diss., Jena 1916.
- Nikisch Arbeitsrecht, Tübingen, Bd.I, 3. Aufl., 1961, (zit.: Nikisch I) Bd.II, 2. Aufl., 1959, (zit.: Nikisch II).
- Nipperdey Rechtsprobleme der Aussperrung und des Streiks, DB 1963, S.1613 - 1615.

Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, S.1777 - 1782.

Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, S.1985 - 1994.
- Noah Die Einwirkung des Streiks und der Aussperrung auf zivilrechtliche Verträge, Diss., Breslau 1924.
- v.Nottbeck Über die Grenzen der Freizeichnung in Allgemeinen Lieferungsbedingungen, Diss., Göttingen 1960.
- Oertmann Deutsches Arbeitsvertragsrecht (mit Einschluß der Arbeitskämpfe), Berlin 1923.

Kommentar zum BGB, Bd.II 1, 5. Aufl., Berlin 1928.
- Osthold Streik und Aussperrung in der Metallindustrie, ArbG 1963, S.213.

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 27.Aufl., München und Berlin 1968.
Paulsen	Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Bd.I, 4. Aufl., Berlin 1962.
Pfister	Einfluß des Streiks auf das Privatrecht, Diss., Erlangen 1922.
Pohle	Schadensersatzverpflichtungen beim Streik, Diss., Göttingen 1925.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.I, Berlin 1897.
Raiser	Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neudruck, Bad Homburg v.d.Höhe 1961.
Ramm	Sozialadaequanztheorie und freiheitlich sozialer Rechtsstaat, AuR 1966, S.161 - 166.
Reuss - Jantz	Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, 10, 1960.
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, 11. Aufl., Berlin 1959 ff.
RGRK-HGB	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Aufl., Berlin, 3. Bd. 1963, 4. Bd. 1961.
Richardi	Die Stellung des Arbeitskampfes in der gesamtwirtschaftlichen Rechtsordnung, RdA 1966, S.241 - 249.
Rother	Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere, NJW 1965, S.177 - 183.
Rüthers	Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, AuR 1967, S.129 - 138.
Scheuerle	Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), S.429 - 471.

- Schönke - Schröder Straßengesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl., München und Berlin 1967.
- Schulze-Reimpell Aussperrung, die Antwort der Arbeitgeber, Industriekurier vom 7.5.1963.
- Siebrecht Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl., Köln 1964.
- Simmer Über Streiks und Aussperrungen und ihren Einfluß auf Lieferungsverträge, Diss., Jena 1915.
- Soergel - Siebert Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 9. Aufl., Stuttgart 1959 ff.
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Berlin 1957 ff.
- Stein Entwicklungstendenzen der Zulieferertätigkeit, Industriekurier vom 9.12. 1965, Nr. 192, S.6 - 7.
- Steindorff Wirtschaftsrechtliche Maßstäbe im Arbeitsrecht, RdA 1965, S.253 - 259.
- Stern Die zivilrechtliche Bedeutung des Streiks, Diss., Erlangen 1909.
- Stoll Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, S.137 - 143.
- Sundhoff Grundlagen und Technik der Beschaffung von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen, Essen 1958.
- Sundhoff - Pietsch Die Lieferantenstruktur industrieller Großunternehmen (Bericht über Durchführung und Ergebnisse einer Untersuchung in Niedersächsischen Betrieben), Göttingen 1964.
- UNICE Empfehlungen zum weiteren Ausbau und der Absicherung der industriellen Zulieferertätigkeit, Brüssel 1965.
- La sous - traitance en republique Federale d'Allemagne (note de la délégation allemande), Brüssel 1965.
- Verband Württ.-Badischer Metallindustrieller e.V. Stuttgart, Der Arbeitskampf 1963, Stuttgart 1964.

- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des Fünfundvierzigsten Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1964, Band II (Sitzungsberichte), München und Berlin 1965.
- Völckers Die zivilrechtliche Bedeutung des Streiks gewerblicher Arbeiter, Diss., Erlangen 1912.
- Wallraff Ethische Urteile über den Arbeitskampf und ihre Grenzen, AuR 1966, S.1 - 7.
- Weber Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1968, S.1 - 8.
- Welzel Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., Berlin 1949.
- Wieacker Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953.
- Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1965, Bd.I, S.783 - 813.
- Wiedemann Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966.
- Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.II, 7. Aufl., Frankfurt 1891.
- Wolff, A. Die Einwirkung des Streiks auf das Vertragsverhältnis des Unternehmers zu Dritten, Diss., Breslau 1913.
- Wolff, H.J. Verwaltungsrecht III (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozeßrecht), Ein Studienbuch, München und Berlin 1966.
- Zeuner Arbeitskampf und Arbeitsvertrag (Zum Verhältnis von Individual- und Kollektivkräften im Arbeitsrecht), JZ 1962, S.425 - 429.
- Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 1962, S.41 - 46.

A. EINLEITUNG

§ 1 PROBLEMATIK AUS RECHTLICHER UND WIRTSCHAFTLICHER SICHT

I. Fälle

Für die dem Thema zugrundeliegende Problematik sind folgende, modellartig-vereinfachte Fälle ¹⁾ symptomatisch:

Das Industrieunternehmen A stellt in zwischenbetrieblicher Arbeitsteilung für das Industrieunternehmen B das zu dessen Enderzeugnis erforderliche Teilstück X her und liefert es an B.

1. Infolge Arbeitskampfs (Streik oder (und) Aussperrung) in dem Zuliefererunternehmen A kann dieses seinen Verpflichtungen gegenüber B nicht rechtzeitig oder gar nicht nachkommen. Nach kurzer Zeit kommt daher auch die Produktion in dem Abnehmerunternehmen B zum Stillstand.

Frage: Haftet der Zulieferer A dem Abnehmer B für diese Lieferungsstörung ?

2. Im umgekehrten Fall spielt sich der Arbeitskampf (Streik oder (und) Aussperrung) in dem Abnehmerunternehmen B ab, das infolgedessen das Teilprodukt des Zuliefererunternehmens A nicht abnehmen kann und daher dessen Betriebsstillstand herbeiführt.

Frage: Welche Ansprüche hat A gegen B ?

3. Diese Fallmodelle können durch den "Unterzulieferer" C des A, den "Unterunterzulieferer" D des C, usw. beliebig erweitert werden.

II. Rechtliche Problematik

Die damit aufgeworfene Problematik der Zulieferer- oder Abnehmerhaftung wurde schon in den Arbeitskämpfen zu Beginn unseres Jahrhunderts gesehen und seit-

1) Ein Fallmodell mit mehrfachen Kombinationsmöglichkeiten findet sich bei Mayer-Maly - Nipperdey, S.6/7. Es eignet sich m.E. jedoch nicht zu einer deutlichen Problemdarstellung.

dem mehrfach erörtert ¹⁾. Deutlich sichtbar wurde sie in der Gegenwart bei dem Arbeitskampf in der baden-württembergischen Metallindustrie im Jahre 1963, der beinahe die gesamte westdeutsche Automobilindustrie zum Erliegen gebracht hätte ²⁾. Seitdem ist das Problem wieder Gegenstand mehrerer Untersuchungen gewesen ³⁾. Auch ein Arbeitskreis der Geschäftsführerkonferenz der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände hat sich mit diesem Thema befaßt ⁴⁾. Gerichtliche Entscheidungen liegen zu diesem Problemkreis, soweit ersichtlich, nicht

-
- 1) Vgl. nur etwa folgende Dissertationen: ab-Yberg, 1903; Lehmann, 1907; Stern, 1909; Völckers, 1912; A. Wolff, 1913; Lorenz, 1914; Simmer, 1915; Neugebauer, 1916; Pfister, 1922; Noah, 1924; Pohle, 1925; Grober, 1928; Edelmann, 1930; vgl. auch Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, § 73 II 4 b, S. 284.
 - 2) Vgl. Verband Württ.-Badischer Metallindustrieller e.V., S. 33; Knevels, ArbG 1963, 364 ff.; K. Müller, S. 17; Osthold, ArbG 1963, 213; Schulze-Reimpehl, Industriekurier v. 7.5.1963.
 - 3) Etwa in der zeitlichen Reihenfolge: Löwisch, DB 1962, 761; Zeuner, JZ 1962, 429 (kurzer Hinweis auf das Problem); Bulla, DB 1963, 755; ders., Arbeitsrechts-Blatt 10, Arbeitskampf II, F. Anm. III 3; Esser, JZ 1963, 489; Siebrecht, S. 118 ff.; Brox-Rüthers, § 16 S. 259 ff.; Hohn, DB 1965, 501; ders., Schriftenreihe "Der Betrieb" (erweiterte Broschüre des Aufsatzes DB 1965, 501); Mayer-Maly-Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben; Mayer-Maly, Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf; Bobrowski-Gaul, Anm. H IV, Rd. Nr. 1 ff.; Lauschke, DB 1966, 137; Froehlich-Eberstein, Ergänzung "Vertragsklauseln"; F. Müller, Die Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf Lieferverpflichtungen der Unternehmer; Dohnau, Arbeitskampf und Lieferverträge (Diss.).
 - 4) Vgl. G. Löwisch, ArbG 1965, 216; Mitteilung RdA 1965, 343. - Auf dieser Tagung hielt Mayer-Maly auch das Referat "Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf"; Thesen und Stellungnahme des Arbeitskreises finden sich in Heft 40 der Schriftenreihe der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, S. 48 f. und S. 60 ff.

vor ¹⁾. In anderen europäischen Ländern ist diese Frage ebenfalls nicht unbekannt ²⁾.

Die Frage nach dem Einfluß von Arbeitskämpfen auf die vertraglichen Verpflichtungen der Unternehmer A und B in den eingangs aufgeworfenen Fällen ³⁾ stellt keine arbeitsrechtliche oder speziell arbeitskampfrechtliche Problematik, sondern eine des bürgerlichen und Handelsrechts dar. Wegen der Doppelstellung von A und B als "Unternehmer - Arbeitgeber" darf jedoch bei der bürgerlich-rechtlichen Betrachtung der vertraglichen Haftungsfolgen der arbeitsrechtliche oder arbeitskampfrechtliche Rechtskreis nicht unberücksichtigt bleiben ⁴⁾. Das wird in der älteren Literatur zu unserem Thema ⁵⁾ nicht genügend beachtet. Somit ist es notwendig, das Verhältnis von Arbeitskampf und bürgerlich-rechtlicher Vertragshaftung anhand der genannten Fälle neu zu durchdenken.

III. Wirtschaftliche Bedeutung

Jede Erörterung rechtlicher Problematik bleibt aber lebens- und praxisfremd, wenn man nicht ihren wirtschaftlichen Hintergrund und ihre besondere Interessenlage sieht. Ausgangspunkt für die Betrachtung der angeführten Fallmodelle ist die heutige

1) So Froehlich-Eberstein, Ergänzung "Vertragsklauseln" IX,3; Horion, Zusammenfassender Bericht S. 63; F.Müller, S.84; vgl. allenfalls die Entscheidung des OLG Braunschweig, DJZ 1904,752, die sich mit einem ähnlichen Fall befaßt, aber die Problematik nicht näher erörtert.

2) Belgien: Horion, S.145 ff.; Frankreich: Durand, S.189 ff.; Italien: Mengoni, S.237 ff.; Niederlande: Molenaar, S.343 ff.

3) § 1 I.

4) So auch F.Müller, S.71 f.

5) Vgl. Fußnote 1 S.21; ein erster Ansatz findet sich bei Neugebauer, S.5.

Volkswirtschaft, die immer mehr zu der arbeitsteiligen Ausbildung von Groß-, Mittel- und Kleinbetrieben führt und somit die zwischenbetriebliche Arbeitsteilung in Form von Zulieferungen stark an Bedeutung gewinnen läßt ¹⁾. Die fortschreitende Entwicklung der Technik, die Spezialisierung der Nachfrage und die Produktion unter dem Zwang einer Konkurrenzwirtschaft auf immer größeren Märkten können als Gründe für diese Situation angeführt werden. Die Spezialisierung der Produktion und die Ausgliederung der Herstellung von Zubehörtteilen geben einerseits Abnehmerunternehmen die Möglichkeit, sich auf das eigene Produktionsgebiet zu konzentrieren und bieten andererseits Zuliefererunternehmen neue Existenz- und Entwicklungschancen. Welche Bedeutung der zwischenbetrieblichen Kooperation heute zukommt, zeigen schon die Gesamtzahlen der Zulieferer einiger Großunternehmungen: AEG (30.000 Zulieferer), Siemens (30.000), Krupp 23.000, Daimler-Benz AG (18.000), Farbenfabrik Bayer (17.500), Badische Anilin- u. Sodafabriken (10.000) und Opel (7.800) ²⁾. Nach einer Studie über die Lieferantenstruktur industrieller Großunternehmungen im niedersächsischen Wirtschaftsbe- reich gehören die von Zuliefererunternehmen beschafften Leistungen im wesentlichen folgenden vier Leistungsart-Klassen an ³⁾:

- 1.) Leistungen für den Investitionsbereich
(Errichtung und Erhaltung der Produktions-
ausrüstung).
2. Leistungen für den Produktionsbereich
(Herstellung und Bearbeitung von Werkstoffen).

1) Hierzu und zum Folgenden vgl. Stein, S.6,7.

2) Vgl. UNICE, La sous-traitance en republique federale d'Allemagne (note de la délégation allemande), S.2; die Zahlen beziehen sich auf Ende 1964.

3) Sundhoff-Pietsch, III a, S.28.

3. Leistungen für den Vertriebs- und Verwaltungsbereich (Hilfen für Verkauf, Werbung, Sach- und Personalverwaltung).
4. Dienstleistungen (Dienste aller Art für sämtliche Industriebereiche).

An diesem weiten Bereich von Zuliefererleistungen wird deutlich sichtbar, wie umfangreich und eng die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit und Verflechtung geworden ist. Unsere arbeitsteilige Wirtschaft¹⁾ dürfte die Tendenz fördern, das Zulieferer-Abnehmer-Verhältnis abzusichern und weiter auszubauen²⁾. Daß diese Entwicklung nicht nur in unserer nationalen Wirtschaft, sondern auch auf dem gesamteuropäischen Markt besteht, zeigen die eingehenden Studien des UNICE-Mittelstandsausschusses, der den Zulieferer- und Abnehmerunternehmen u.a. die Vorteile der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit aufzeigt und für ihre Beziehungen dauerhafte und loyale Partnerschaft, die von gegenseitiger Anerkennung und Gleichberechtigung getragen ist, empfiehlt³⁾.

Bei allen Vorzügen dürfen aber auch gewisse Nachteile dieser Kooperation nicht übersehen werden: die starke Abhängigkeit des Abnehmers vom Lieferanten (z.B. im Hinblick auf die Einhaltung bestimmter qualitativer und technischer Normen sowie der Lieferfristen), die Existenzgefahr für den meist wirtschaftlich schwächeren Zulieferer bei kurzfristigem Übergang des Abnehmers zur Eigenproduktion und die starke Anfälligkeit dieses Verbundsystems in Bezug auf Arbeitskämpfe⁴⁾.

1) Vgl. dazu im einzelnen Paulsen, § 4 S.25 ff.

2) Zur Zuliefererindustrie aus betriebswirtschaftlicher Sicht vgl. Sundhoff, S.17,120.

3) Vgl. die Empfehlungen der UNICE zum weiteren Ausbau und der Absicherung der industriellen Zulieferertätigkeit vom 7.10.1965, S. 4 f.

4) Vgl. Wallraff, AuR 1966, 1 ff.

Gerade dieser Nachteil tritt durch die heutige Streiktaktik der Gewerkschaften offen zu Tage. So weicht der Vollstreik in zunehmendem Maße dem Teil- oder Schwerpunkstreik, weil er eine einfachere und zugleich wirksamere Waffe darstellt. Dabei kann sich die Arbeitnehmerorganisation die Stelle auf der Arbeitgeberseite aussuchen, die wegen der weiten Auswirkungen für den betreffenden Industriezweig oder die Gesamtwirtschaft besonders empfindlich ist ¹⁾. Deshalb wirft in einer Verbundwirtschaft der Arbeitskampf immer häufiger die Frage nach der Lieferanten- und Abnehmerhaftung auf, deren Beantwortung neben der aufgezeigten rechtlichen Problematik auch in wirtschaftlicher Sicht heute von großem Interesse ist. Dieser Frage und ihrer Beantwortung soll deshalb hier im einzelnen nachgegangen werden.

§ 2

BEGRIFFE UND ABGRENZUNG DES THEMAS

Die der Klarstellung dienenden Begriffsbestimmungen erweisen sich als erforderlich, weil es sich bei dem Arbeitskampfrecht um nicht kodifiziertes Recht handelt und die Begriffe in den einzelnen Abhandlungen terminologisch häufig unterschiedlich verwandt werden. Durch die Begriffserklärung werden auch die Grenzen der Arbeit aufgezeigt und das Problem näher bestimmt. So soll damit erreicht werden, daß die Problematik der Übersichtlichkeit wegen im wesentlichen an einem einheitlichen und praxisnahen Arbeitskampfmodell dargestellt werden kann ²⁾.

1) Vgl. dazu auch Löwisch, RdA 1967, 47 f.; Verband Württ.-Badischer Metallindustrieller e.V., S.15 f.

2) Vgl. § 1 I.

I. Arbeitskampf

1. Begriffselemente

Arbeitskampf sind alle von der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite (Kampfparteien) vorgenommenen kollektiven Maßnahmen zur Störung des Arbeitsfriedens (Kampfmittel), um dadurch ein bestimmtes Ziel oder Fernziel zu erreichen (Kampfziel) ¹⁾.

2. Arten

a) Streik

Streik ist die von einer Mehrzahl von Arbeitnehmern planmäßig und gemeinsam durchgeführte Arbeitseinstellung zur Erreichung eines Zieles ²⁾.

Von den nach verschiedensten Gesichtspunkten möglichen Unterscheidung der Arten des Streiks ist für das vorliegende Thema allenfalls die nach dem Kampfbeginn von Bedeutung: Angriffsstreik und Abwehrstreik. Angriffsstreik ist der Streik, der den Arbeitskampf eröffnet. Diese Streikform ist in der Arbeitskampfpaxis der häufigere Fall. Abwehrstreik ist der Streik, dem eine (Angriffs-)Aussperrung vorausgeht und der diese beantwortet ³⁾.

b) Aussperrung

Aussperrung ist die von einem oder mehreren Arbeitgebern planmäßig erfolgte Arbeitsausschließung zur Erreichung eines Zieles ⁴⁾.

Auch hier werden nach dem Kampfbeginn Angriffsaussperrung und Abwehraussperrung unterschieden. Angriffsaussperrung ist die Aussperrung, die den Arbeitskampf eröffnet. Abwehraussperrung ist die Aussperrung, der ein (Angriffs-)Streik vorausgeht und

1) Zu den Einzelheiten vgl. Brox-Rüthers, § 1 A II, S.23 ff.; Hueck-Nipperdey, Grundriß § 67, S.275 ff.

2) Brox-Rüthers, § 1 B I 1, S.29 f.

3) Brox-Rüthers, § 1 B I 2 c, S.31.

4) Brox-Rüthers, § 1 B II 1, S.34 f.

die diesen beantwortet ¹⁾.

c) Boykott

Boykott ist die von der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite planmäßig durchgeführte Ächtung des Gegners zur Erreichung eines Zieles ²⁾.

Diese Art des Arbeitskampfes muß in der vorliegenden Abhandlung über arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen bei Verträgen außer Betracht bleiben, weil der Boykott gerade die Ablehnung von Vertragsabschlüssen oder die Aufforderung zu einer solchen Ablehnung zum Ziel hat.

3. Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes.

Die im Hauptteil darzustellende Problematik wird insbesondere bei dem Vorliegen r e c h t m ä ß i g e r Arbeitskämpfe deutlich ³⁾. Es wird somit bei den folgenden Erörterungen von der Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes ausgegangen ⁴⁾. Die Besonderheiten bei einem rechtswidrigen Arbeitskampf werden allerdings ausdrücklich angemerkt.

II. Kampfbeteiligte und kampfunbeteiligte Unternehmen

Das kampfbeteiligte Unternehmen ist entsprechend dem zuvor aufgezeigten Arbeitskampfbegriff ⁵⁾ Kampfpartei oder Teil einer Kampfpartei auf der Arbeitgeberseite.

Das kampfunbeteiligte Unternehmen, welches in der Literatur zu unserem Thema u.a. als Dritter ⁶⁾,

1) Brox-Rüthers, § 1 B II 2 c, S.36.

2) Brox-Rüthers, § 1 B III, S.36 ff.

3) Zur Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen vgl. insbesondere BAGE (GS) I, 291 ff. = AP Nr.1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Brox-Rüthers, § 3, S.51 ff.; § 12, S.218 ff.; Hueck-Nipperdey, II §§ 48, 49, S.628 ff.

4) So auch die Literatur, bis auf Bulla, DB 1963, 756; Lauschke, DB 1966, 142.

5) Vgl. § 2 I.

6) Siebrecht, S.118, 120; Löwisch, DB 1962, 761.

Drittbetrieb ¹⁾, Drittbetroffener ²⁾ oder drittbetroffener Betrieb ³⁾, mittelbar vom Arbeitskampf betroffener Betrieb ⁴⁾, Geschäftspartner ⁵⁾, Zulieferer(-betrieb), Abnehmer(-betrieb) ⁶⁾, Verkäufer ⁷⁾, Käufer ⁸⁾, Lieferant ⁹⁾, Besteller ¹⁰⁾ bezeichnet wird, ist begrifflich der kontradiktorische Gegensatz zu dem kampfbeteiligten Unternehmen. Kampfunbeteiligt sind danach alle Unternehmen, die nicht als Kampfpartei oder Teil einer Kampfpartei auf der Arbeitgeberseite am Arbeitskampf beteiligt sind. Ob es sich bei dem Arbeitskampf um einen Streik oder eine Aussperrung handelt, ist unbeachtlich. Die kampfbeteiligten Unternehmen sind entweder Abnehmer ¹¹⁾ oder Zulieferer ¹²⁾, je nach ihrer wirtschaftlichen und folglich vertraglichen Position.

III. Verträge

Auch in bezug auf die zwischen den kampfbeteiligten und kampfunbeteiligten Unternehmen bestehenden Verträge erscheint eine begriffliche Klarstellung für unsere Untersuchung erforderlich, zumal z.T. aus ihrer Rechtsnatur spezielle Haftungsfolgen bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen abgeleitet werden. Zunächst ist festzustellen, daß es sich bei den Verträgen zwischen Zulieferern und Abnehmern um sog. beiderseitige Handelsgeschäfte i.S. der §§ 352, 353, 369, 377 HGB handelt, da beide Parteien regelmäßig Kaufleute i.S. des HGB sind. Das HGB enthält dort

1) Mayer-Maly, S.6; Mayer-Maly - Nipperdey, S.19; Siebrecht, S.118.

2) Siebrecht, S.120.

3) Mayer-Maly, Überschrift.

4) Mayer-Maly - Nipperdey, Überschrift.

5) Hohn, Überschrift.

6) Mayer-Maly - Nipperdey, S.10; Wallraff AuR 1966,6.

7) Brox-Rüthers, § 16 I, S.259.

8) Brox-Rüthers, § 16 I, S.259.

9) Hohn, S.5 ff.

10) Hohn, S.5 ff.

11) =Käufer=Besteller

12) =Verkäufer=Lieferant

nur wenige Sonderbestimmungen und verweist im übrigen auf das BGB.

In der Literatur zu unserem Thema werden u.a. folgende Verträge bzw. Vertragsarten oder -bezeichnungen angeführt: Kauf-¹⁾, bzw. Lieferungs-, bzw. Zulieferungsverträge²⁾, Liefer- und Belieferungsverträge³⁾, singuläre Kaufverträge⁴⁾, Sukzessiv-Lieferungsverträge⁵⁾, Werkverträge⁶⁾, Werklieferungsverträge⁶⁾. Die im Hauptteil zu erörternden Probleme können und brauchen aber nicht an den einzelnen Vertragsarten dargestellt zu werden, da sie für alle Verträge gleichartig sind und etwa unterschiedliche Haftungsfolgen, z.B. bei einem Werkvertrag⁷⁾, sich unmittelbar dem Gesetz entnehmen lassen. Da Inhalt des Vertrages in der Regel die Veräußerung des Zuliefererproduktes ist, das oft selbst noch nicht zum Vermögen des Veräußerers gehört oder noch gar nicht besteht, wird als Sammelbegriff im Folgenden von einem Liefervertrag als gegenseitigem Vertrag gemäß §§ 320 ff. BGB ausgegangen. Auch die im Einzelfall zu entscheidende Frage nach der Vertragsstruktur - ob einfaches Schuldverhältnis oder Dauerschuldverhältnis, z.B. Sukzessivlieferungsvertrag - kann dahingestellt bleiben, da diese Unterscheidung für die Erörterung der Problematik bedeutungslos ist⁸⁾.

Zum Inhalt der Lieferverträge ist an dieser Stelle noch zu vermerken, daß sie sich nur auf Inlandgeschäfte beziehen und ferner keine sog. Freizeichnungsklauseln über den Haftungsausschluß arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen enthalten⁹⁾.

1) Brox-Rüthers, § 16 II, S.259.

2) Siebrecht, S.118,120; Simmer, S.12 f.

3) Bulla, DB 1963,755; Dohnau, S.6; Esser, JZ 1963, 399.

4) Bulla, DB 1963,755.

5) Bulla, DB 1963,755; Lauschke, DB 1966,139 f.

6) Hohn, S.5; Löwisch, DB 1962,761.

7) Vgl. im einzelnen Hohn, S.5 ff.

8) A.A. Lauschke, DB 1966, 139 f.

9) Dazu erst §§ 10,11.

IV. Arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen

Als durch einen Arbeitskampf bedingte Leistungsstörungen kommen Gläubigerverzug, Schuldnerverzug oder Unmöglichkeit in Betracht. Die für die Fälle, welche weder von Schuldnerverzug noch von Unmöglichkeit erfaßt werden, entwickelte positive Vertragsverletzung scheidet aus, weil der Arbeitskampf nach zutreffender Ansicht ¹⁾ in aller Regel Ursache für keine oder eine nicht rechtzeitige Leistung ist ²⁾. Wenn die Leistungsstörung aber auf Verzug oder Unmöglichkeit beruht, kommt die positive Vertragsverletzung schon begrifflich nicht in Betracht ³⁾. Daher ist auch die Meinung ⁴⁾ abzulehnen, welche die positive Vertragsverletzung für den Ersatz eines über das Vertragsinteresses hinausgehenden Schadens anwendet. Dieses übererfüllungsmäßige Interesse ist bei Unmöglichkeit zu dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung hinzuzurechnen; für den Verzugsschaden ergibt sich das schon aus § 286 Abs.1 BGB ⁵⁾.

Anliegen dieser Abhandlung ist, die aufgezeigte Problematik ⁶⁾ klar und deutlich darzustellen. Folglich soll auf eine eingehende Kasuistik der Rechtsfolgen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen verzichtet werden und die wirtschaftlich interessanteste Frage nach dem Schadensersatz im Mittelpunkt stehen. Wie schon aus dem Thema hervorgeht, beschränkt sich diese Untersuchung auf die arbeitskampfbedingten ver-

1) So Brox-Rüthers, § 16 I, S.259; Bulla, DB 1963, 755; Hohn, S.5 ff.; F.Müller, S.73; Löwisch, DB 1962, 761, 763; a.A. nur Dohnau, S.9 u. Siebrecht, S.121.

2) Die seltenen Sonderfälle eines Bummelstreiks oder eines Streiks durch Schlechterfüllung der Arbeitspflicht sollen hier außer Betracht bleiben.

3) Vgl. Esser, § 79 1,2, S.341 ff.; Fikentscher, § 47 II, S.218.

4) Dohnau, S.9; vgl. auch Simmer, S.45.

5) Vgl. Fikentscher, § 47 III, S.220 f.; § 55 II 2 d, S.273.

6) Vgl. oben § 1 II, S. 20 ff.

traglichen Haftungsfolgen. Eventuelle deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche interessieren in diesem Zusammenhang nicht ¹⁾.

1. Gläubigerverzug

Der Gläubiger befindet sich in den hier zu behandelnden Fällen im Verzuge, wenn er infolge Arbeitskampfes in seinem Betrieb nicht in der Lage ist, das ihm angebotene Zulieferprodukt des Schuldners termingemäß oder überhaupt anzunehmen, §§ 293 f. BGB. Da der Gläubigerverzug des BGB nur nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen ist, kommt es auf ein Verschulden des Gläubigers nicht an. Daraus folgt hinsichtlich der Haftungsfolgen des Gläubigerverzugs, §§ 300 ff., 304, 324 Abs. 2, 372, 383 BGB, § 373 HGB, daß dem Schuldner irgendein Schadensersatzanspruch nicht zusteht ²⁾.

Dieser Leistungsstörung liegt die im Wirtschaftsleben seltenere und wegen des Fehlens eines Schadensersatzanspruchs für uns zunächst unbedeutendere Lage des erwähnten 2. Fallmodells zugrunde ³⁾: Kampfbeitragendes Unternehmer = Abnehmer, kampfunbeteiligtes Unternehmen = Zulieferer. Der Gläubigerverzug kann daher bei der Erörterung der Problematik des Hauptteils auch zugunsten des Schuldnerverzuges und der Unmöglichkeit und der ihnen zugrundeliegenden wirtschaftlich häufigeren Arbeitskampfstellung von Abnehmer und Zulieferer wie im 1. Fallmodell vernachlässigt werden ⁴⁾.

2. Schuldnerverzug

Arbeitskampfbedingter Schuldnerverzug liegt vor, wenn der Schuldner infolge Arbeitskampfes in seinem

1) Vgl. dazu Brox-Rüthers, § 18, S. 273 f.; Dohnau, S. 37 ff., S. 56 f.

2) Palandt-Danckelmann, Anm. 1 vor § 293 BGB.

3) S. o. § 1 I.

4) So auch die meisten Autoren; anders z. T. Hohn, S. 5 ff.

Betrieb seine Leistung nicht rechtzeitig erbringen kann, §§ 284 ff., 326 BGB. Im Gegensatz zum Gläubigerverzug gibt diese Leistungsstörung, die u.a. Verschulden zur Voraussetzung hat, § 285 BGB, dem Gläubiger auch die hier insbesondere interessierenden Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung und wegen darüberhinausgehenden Verzögerungsschadens (§ 286 Abs.1 BGB).

Der Schuldnerverzug geht von dem Sachverhalt: kampf-beteiligtes Unternehmen = Zulieferer, kampf-unbeteiligtes Unternehmen = Abnehmer aus ¹⁾, der - wie schon angedeutet - im folgenden ausschließlich als Arbeitsmodell verwandt werden soll.

3. Unmöglichkeit

Arbeitskampfbedingte Unmöglichkeit ist gegeben, wenn der Schuldner infolge Arbeitskampfes in seinem Betrieb seine Leistung nicht erbringen kann, §§ 275 ff., 323 ff. BGB. Für den hier insbesondere bedeutsamen Schadensersatzanspruch des Gläubigers kommt es darauf an, ob der Schuldner den Umstand, auf dem die Unmöglichkeit beruht, zu vertreten hat, §§ 280, 325 BGB, oder nicht, §§ 275, 323 BGB. Auch die Unmöglichkeit betrifft die Umstände des uns hauptsächlich interessierenden 1. Fallmodells ²⁾.

4. Verhältnis von Schuldnerverzug und Unmöglichkeit

Aufgabe dieser Abhandlung kann es nicht sein, die oft schwierige Abgrenzung vorzunehmen, ob die arbeitskampfbedingte Leistungsstörung im Einzelfall zum Schuldnerverzug oder zur Unmöglichkeit führt ³⁾.

1) Vgl. oben § 1 I, 1. Fallmodell.

2) Vgl. oben § 1 I.

3) Vgl. dazu Völckers, S.8 ff. u. Lorenz, S.6 ff., der zwischen vollständiger und teilweiser und zwischen dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit abgrenzt. - Wie hier verfahren auch Pohle, S.62 und A. Wolff, S.6.

Das erübrigt sich auch deshalb, weil die sonstigen Voraussetzungen und die Haftungsfolgen beider Leistungsstörungenarten nahezu gleich sind. Die Haftung entfällt sowohl bei von niemandem zu vertretender Unmöglichkeit (§ 275 BGB) als auch im Verzugsfall bei Unterbleiben der Leistung infolge eines Umstandes, den der Schuldner nicht zu vertreten hat (Argument aus § 285 BGB). Bei Verschulden des Schuldners tritt die erwähnte Schadensersatzhaftung ein. Daher behandeln auch die meisten Autoren Schuldnerverzug und Unmöglichkeit im Zusammenhang und stellen die Frage nach dem Einfluß von Arbeitskämpfen auf die vertraglichen Verpflichtungen des Zulieferers A gegenüber dem Abnehmer B an der Leistungsstörung schlechthin dar ¹⁾. Andererseits ist es auch nicht notwendig, die Untersuchung von vornherein ausschließlich auf den Schuldnerverzug ²⁾ oder auf die Unmöglichkeit ³⁾ zu beschränken. Ob Schuldnerverzug oder Unmöglichkeit vorliegt, kann nicht generell, sondern zutreffend nur an den Umständen des Einzelfalls (z.B. Dauer des Arbeitskampfes, Größe des Lagervorrats) entschieden werden.

Nach dieser Abgrenzung des Themas sind nunmehr die Schadensersatzansprüche des Abnehmers B gegen den Zulieferer A ⁴⁾ wegen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen im einzelnen zu untersuchen.

-
- 1) Brox-Rüthers, § 16 I, II, III 1, S. 259 ff.; Esser, JZ 1963, 399; Hohn, S. 8; Löwisch, DB 1962, 761; F. Müller, S. 73 Fußn. 4; Siebrecht, S. 120.
 - 2) So Bulla, DB 1963, 755; Lauschke, DB 1966, 141.
 - 3) So Mayer-Maly - Nipperdey, S. 29, 40; Mayer-Maly, S. 9.
 - 4) Vgl. insoweit das 1. Fallmodell in § 1 I.

B. HAUPTTEIL

ERSTER ABSCHNITT: Gesetzliche Folgen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen

§ 3 TATBESTAND - RECHTSWIDRIGKEIT - VERSCHULDEN BEI
DER VERTRAGLICHEN HAFTUNGSNORM

Wegen einer Leistungsstörung ¹⁾ haftet der (kampf-
beteiligte) Zulieferer dem (kampfuntbeteiligten)
Abnehmer dann, wenn er den Umstand, auf dem sie be-
ruht, rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat,
§§ 280, 285, 325, 326 BGB. Diese Dreigliederung in
Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Verschulden, von
der die deliktische Haftungsnorm - z.B. § 823 Abs.1
BGB - ausgeht, wird auch für die vertragliche Haf-
tungsnorm, wie hier für die Leistungsstörung, be-
jaht ²⁾. So setzt ein Verschulden auch im Vertrags-
unrecht eine objektive Rechtswidrigkeit voraus, und
steht umgekehrt der Ausschluß der Rechtswidrigkeit
wegen Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes der
Annahme des Verschuldens entgegen ³⁾.

Da die Leistungsstörung in den hier behandelten
Sachverhalten auf dem Umstand des Arbeitskampfes
beruht, muß der Zulieferer-Schuldner diesen Umstand,
also den Streik oder die Aussperrung, rechtswidrig
und schuldhaft verursacht haben. Auf s e i n Tun
oder Unterlassen kommt es somit an. Da dieses Tun
oder Unterlassen bei Streik und Aussperrung unter-
schiedlich ist, ergibt sich für den Aufbau dieses
ERSTEN ABSCHNITTS, daß bei der Prüfung des Tatbe-

1) Bis auf den Gläubigerverzug, §§ 293 ff. BGB,
der aber im folgenden außer Betracht bleiben
soll; vgl. oben § 2 IV.

2) Vgl. Fikentscher, § 52 II 2, S.256.

3) Brox-Rüthers, § 16 III, S.261; Bulla, DB 1963,
755; Erman, § 276 Anm.2; Esser, Schuldrecht,
§ 53, S.189 ff.; ders., JZ 1963,399; Fikent-
scher, § 52 I,II, S.254 ff.; Lauschke, DB 1966,
141; Palandt-Danckelmann, § 275 Anm.6; Stau-
dinger-Werner, § 276 Rdnr.9 m.w.N.; vgl.auch
BGH NJW 1962,2198.

stands (§ 4), der Rechtswidrigkeit (§ 5) und des Verschuldens (§ 6) der arbeitskampfbedingten Leistungsstörung eine getrennte Untersuchung für Streik und Aussperrung zu erfolgen hat. Daran anschließend wird die Möglichkeit einer Befreiung des Zulieferers von seiner Leistungspflicht wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 7) und einer Begrenzung des Haftungsumfangs (§ 8) behandelt.

§ 4

TATBESTAND

I. Kausalität

Als erste Haftungsvoraussetzung ist zu untersuchen, ob die durch Streik oder Aussperrung veranlaßte Störung des Liefervertrages überhaupt den Tatbestand einer Leistungsstörung im Sinne der Unmöglichkeit oder des Schuldnerverzuges erfüllt.

Dann müssen Streik oder Aussperrung für die Leistungsstörung ursächlich geworden sein. Das ist unproblematisch, wenn Streik oder Aussperrung jeweils allein - als Angriffsmittel - angewandt werden, denn die Nichtlieferung ist dann Folge der durch Streik oder Aussperrung bedingten Betriebsstörung. Schwierigkeiten bereitet die Kausalitätsfrage aber bei dem Zusammentreffen von Streik und Aussperrung in Abwehrkämpfen. Hier geht es insbesondere um die Wirkung von Abwehraussperrungen, an denen die Problematik erörtert wird ¹⁾. Dabei ist an den Fall zu denken, daß der Zulieferer A, nachdem ein Teil der Arbeitnehmer die Arbeit streikweise niedergelegt hatte, die gesamte Arbeitnehmerschaft aussperrt.

Insoweit ist der Streik notwendige Bedingung (conditio sine qua non) für die Abwehraussperrung. Fraglich ist aber, ob der Streik auch adäquate Ursache für alle durch die Abwehraussperrung hervorgerufenen

1) Für den praktisch selteneren Fall des Abwehrstreiks gilt dies entsprechend.

Betriebsstörungen ist. Das kommt zunächst darauf an, ob man das Angriffsmittel und das Abwehrmittel als zwei selbständige Ursachen oder das den Arbeitskampf eröffnende Kampfmittel als alleinige Ursache der Betriebsstörung ansieht. Diese Frage, die sich in gleicher Weise bei dem arbeitsrechtlichen Problem der Lohnansprüche der Arbeitnehmer in kampfunteilnehmenden Unternehmen stellt ¹⁾, wird in der Literatur verschieden beantwortet.

Eine Ansicht ²⁾ legt das Schwergewicht auf die primäre Kausalität des Streiks und hält die Auswirkungen der Abwehraussperrung für mittelbare Folgen des Streiks, ohne eine selbständige Ursächlichkeit der Abwehraussperrung anzunehmen. Daraus würde folgen, daß es gar keine abwehraussperrungsbedingten Leistungsstörungen geben könnte, vielmehr nur streikbedingte.

Diese Betrachtungsweise läßt aber außer acht, daß grundsätzlich durch mehrere Ursachen auch mehrere Kausalverläufe ausgelöst werden und nebeneinander herlaufen können ³⁾, denn nach der allgemeinen Kausalitätslehre ist Ursächlichkeit die Gesamtheit aller auf das Lebensverhältnis einwirkenden Bedingungen, die den Erfolg herbeiführen. Dementsprechend kennt das Deliktsrecht die Schadensersatzpflicht mehrerer Schädiger in §§ 830, 840 BGB und die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten in § 254 BGB ⁴⁾. So sind auch Streik und Aussperrung, nicht nur wenn sie jeweils allein auftreten, sondern auch

1) Vgl. hierzu Brox-Rüthers, § 17, S.267 ff.

2) Siebrecht, S.120; Kauffmann, DB 1957,847 deutet diese Möglichkeit auch an; Mayer-Maly - Nipperdey, S.17,19 stellen diese Ansicht lediglich als Lösungsmöglichkeit dar.

3) Vgl. dazu im einzelnen Rother, NJW 1965, 177 ff.; Palandt-Danckelmann, Vorbem. 5 d,bb vor § 249.

4) Vgl. hierzu Larenz, Allgemeiner Teil, § 6 II 3, S.77; Rother, NJW 1965, 178.

bei ihrem Zusammentreffen zwei selbständige Ursachen, die zwei zu unterscheidende Kausalverläufe in Gang setzen ¹⁾. Zu untersuchen ist für unsere Sachverhalte lediglich, ob und - bejahendenfalls - inwieweit die Kausalkette der Abwehraussperrung für die Betriebsstörung noch relevant werden kann ²⁾. Das richtet sich, worauf Ballerstedt ³⁾ zu Recht hinweist, nach dem Umfang der Abwehraussperrung. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn sich der Kreis der streikenden mit dem der ausgesperrten Arbeitnehmer deckt, kann die Abwehraussperrung der bereits durch den Streik verursachten Betriebsstörung nichts hinzufügen. Dann wird die Aussperrung gar nicht mehr kausal für die Leistungsstörung ⁴⁾. Dabei ist es im Ergebnis ohne Bedeutung, ob die Leistungsstörung zeitlich vor oder nach der Aussperrung eintritt.

2) Nimmt die Abwehraussperrung den Charakter eines Gegenangriffs an und geht sie über den Kreis der schon streikenden Arbeitnehmer hinaus, dann kann sie als Ursache für die Betriebsstörung in Betracht kommen. An dieser Stelle sind aber wiederum zwei Fälle auseinanderzuhalten:

a) Wenn die Betriebsstörung, welche die Leistungsstörung zur Folge hat, schon v o r der Aussperrung eingetreten ist, so kann die Abwehraussperrung

1) So Ballerstedt, AuR 1966,232; Brox-Rüthers, § 17 III 2 b, S.272; Bulla, DB 1963,756; Eisenstein, S.80; Bulla, Molitor-Festschrift, S.305 f.; Hohn, S.27; Lauschke, DB 1966,142; F.Müller, S.87; Kauffmann, DB 1957,847; vgl. auch Larenz, I § 14 III e, S.169, Fußn.2; Mayer-Maly - Nipperdey, S.18 f. deuten auch diese Lösungsmöglichkeit an.

2) Hier und im folgenden wird nach der adäquaten Kausalität von Streik und Abwehraussperrung gefragt, ohne das immer ausdrücklich anzumerken. Es besteht kein Zweifel darüber, daß Streik und Aussperrung nach den Umständen des Einzelfalles geeignet sind, die Leistungsstörung überhaupt herbeizuführen.

3) AuR 1966,232; vgl. auch F. Müller, S.87.

4) So auch F. Müller, S.87.

für sie nicht mehr kausal werden ¹⁾).

b) Tritt die die Leistungsstörung veranlassende Betriebsstörung erst *n a c h* der Abwehraussperrung ein, so sind Streik und Aussperrung dafür alternativ oder kumulativ kausal ²⁾. Dabei zählen die Mitursachen grundsätzlich selbständig, d.h. jeder Schädiger muß für seine Ursache einstehen ³⁾. Alternativ sind Streik und Aussperrung kausal, wenn eine der beiden Ursachen die Leistungsstörung jeweils allein bewirkt hätte ⁴⁾. Bei kumulativer Kausalität von Streik und Aussperrung führt erst die Häufung beider Kampfmittel zu der Leistungsstörung. Hier besteht eine gegenseitige Abhängigkeit von Streik und Aussperrung hinsichtlich des schadensbringenden Erfolgs ⁵⁾.

In diesen Fällen kann aber nicht - wie z.T. vorgeschlagen wird ⁶⁾ - eine ausschließliche Kausalität der Abwehraussperrung über eine Anwendung der Grundsätze über die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ⁷⁾ begründet werden. Danach wäre eine Handlung (hier: Streik) dann nicht ursächlich, wenn ihre zu erwartende Wirkung (hier: Leistungsstörung) von einem selbst

1) So auch F. Müller, S.87.

2) Vgl. F. Müller, S.87.

3) Herrschende Meinung: Erman, § 249 Anm.31; Erman-Drees vor § 823 Bem.5 d,ee; Palandt-Danckelmann, vor § 249, Bem.5d,bb,ee; Rother, NJW 1965,178 f.; Staudinger-Werner, vor §§ 249-255 Rdnr.38; vgl. auch die deliktsrechtliche Regelung in § 83o BGB.

4) Vgl. RG JW 1909, 361.

5) Vgl. RGZ 69,57; 73,289.

6) So Hohn, S.27; Dohnau, S.56.

7) Oder "überholende oder verdrängende Kausalität" oder "Erfolgsverhinderung". Vgl. dazu BGHZ 29, 207 ff.; BGH NJW 1967,551 f.; v.Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, S.1 ff.; Erman, § 249, Anm.3h; Erman-Drees, vor § 823 Bem.5d,ff.; Esser, § 60 Ziff.9, S.241 ff.; Enneccerus-Lehmann, § 15 III 3, S.68 ff.; Lange, S.15 f., 53 f.; Larenz I, § 14 III, b, S.158 ff.; Palandt-Danckelmann, vor § 249 Bem.5d,cc,dd; RGRK-Nastelski, vor §§ 249 ff. Bem.32 f; Staudinger-Werner, Vorbem.44 ff. vor § 249.

ständigen, schadensstiftenden Ereignis (hier: Aussperrung) überholt wurde. Dafür würde an sich die Selbständigkeit und Mutwilligkeit der Aussperrung sprechen. Die Ausnahme von dem Grundsatz der vollen Folgenrechnung bei einmal gesetzter adäquater Verursachung wird von der Rechtsprechung ¹⁾ und Literatur ²⁾ richtigerweise jedoch nur dann zugelassen, wenn das frühere Ereignis (hier: Streik) für das Dazwischentreten des zweiten Ereignisses (hier: Aussperrung) völlig bedeutungslos und indifferent, mithin das spätere Ereignis von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des früheren Ereignisses gänzlich unabhängig war. Dies kann aber für das Verhältnis von Streik und Abwehraussperrung gerade nicht angenommen werden, da der Streik *conditio sine qua non* jeder Abwehraussperrung ist. Bei dieser Sachlage verbietet sich aber eine auch nur sinngemäße Anwendung der Grundsätze über die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ³⁾.

Somit kommt es für die Verursachung der Leistungsstörung auf die genaue Feststellung der Kausalketten von Streik und Aussperrung an. Das wird in der Praxis nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten, wie meist im Fall mehrerer paralleler (= alternative Kausalität) oder sich überschneidender (=kumulative Kausalität) Kausalreihen. In diesem Zusammenhang weisen Brox-Rüthers ⁴⁾ zu Recht darauf hin, daß bloße Beweisschwierigkeiten aber nicht die Abkehr von der als richtig erkannten Lösung rechtfertigen. Im Prozeß hilft im übrigen die gesetzliche Beweislastregelung weiter, die gemäß § 282 BGB den Zuliefererschuldner dafür behauptungs- und beweispflichtig

1) BGHZ 3,261 (265); neuestens BGH VersR 1965,388.

2) Vgl. FuBn.7 S.38.

3) So aber hilfsweise Mayer-Maly - Nipperdey, S.18.

4) § 17 III 2 b, S.272; a.A. wohl Mayer-Maly - Nipperdey, S.18 f.

macht, daß die Unmöglichkeit allein durch den Streik eingetreten ist ¹⁾. Für den Schuldnerverzug kann die gleiche Beweislastregel dem § 285 BGB entnommen werden, der das Vertretenmüssen nicht als Verzugsvoraussetzung, sondern das Nichtvertretenmüssen als Befreiungsgrund des Schuldners ansieht ²⁾.

Es kann somit davon ausgegangen werden, daß auch die Abwehraussperrung ³⁾, wenn sie sich als Gegenangriff darstellt, für die Leistungsstörung kausal werden kann, falls diese nicht schon zeitlich vor der Aussperrung eingetreten ist.

II. Streik

1. Ansicht von Lauschke

Der Tatbestand einer Leistungsstörung kann nur vorliegen, wenn der Zulieferer A - in dem Fallmodell 1 ⁴⁾ - nach Eröffnung des Streiks überhaupt noch zu seiner Leistung aus dem Liefervertrag verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung bestünde nicht mehr, wenn die Lieferpflicht des A bei Streik schon "vertraglich - tatbestandlich" entfielen. Diese Ansicht vertritt Lauschke ⁵⁾ und begründet sie folgendermaßen:

-
- 1) Zu der Beweislastregelung des § 282 BGB vgl. im einzelnen Erman, § 282, Anm. 2; Esser, § 77, 7, S. 334; Palandt-Danckelmann, § 282 Anm. 1; Larenz I, § 21 I, S. 256; Soergel-Siebert-R. Schmidt, § 282, Rdnr. 1 ff.; Staudinger-Werner, § 282, Rdnr. 1 ff.
 - 2) Vgl. dazu insbesondere BGHZ 32, 218 (222); Larenz I, § 22 I b, S. 266; Erman, § 285 Anm. 1; Esser, § 80, 2, S. 348; Palandt-Danckelmann, § 285, Anm. 1; Soergel-Siebert-R. Schmidt, § 285, Rdnr. 1; Staudinger-Werner, § 285, Rdnr. 10.
 - 3) Das gleiche gilt sinngemäß für den Abwehrstreik.
 - 4) Vgl. oben § 1, I.
 - 5) DB 1966, 139 ff.

Bei dem Vertrag zwischen dem Zulieferer A und dem Abnehmer B handele es sich um einen Sukzessivlieferungsvertrag. Bei einem solchen Vertrag habe schon das Reichsgericht¹⁾ seine besondere Natur als Dauervertrag gegenüber einem "normalen" Kaufvertrag berücksichtigt. So habe es bei Ansprüchen nach § 326 BGB wegen Nichterfüllung einer Teillieferung den Rücktritt der Kündigung angenähert und ihn nur bezüglich der zukünftigen, noch ausstehenden Leistungen zugelassen. Weiterhin sei im Rahmen des § 279 BGB anerkannt, daß es sich bei den von einem Selbsthersteller gekauften Waren um eine auf die Eigenproduktion beschränkte Gattungsschuld handele, die Lieferpflicht also mit Erschöpfung des Vorrats weg falle. Diese beiden Sonderregelungen ließen sich nicht mehr aus dem Kaufrecht, sondern nur aus Treu und Glauben im Hinblick darauf begründen, daß dem Verkauf eben erkennbar der Herstellungsvorgang vorangehe. Daß dies auch bei dem Liefervertrag zwischen Zulieferer und Abnehmer zu berücksichtigen sei, ergebe sich aus der beiderseitigen Interessenlage und dem Zweck dieses Geschäftes. So seien in einer arbeitsteiligen Wirtschaft die meisten Betriebe auf hochspezialisierte Vorunternehmer angewiesen und schlossen solche Verträge auch wegen der eigenen Produktionsplanung vorwiegend langfristig ab. Wie die Wirtschaft insgesamt an schnellem Warenumschlag interessiert sei, so seien die Parteien durch kurzfristige Herstellung vor Lieferung und kurze Lagerhaltung auf möglichst geringe Verteuerung der Produktionskosten bedacht. Daraus folge, daß beide Parteien den Herstellungsvorgang mit in den Vertrag einkalkuliert hätten. Dadurch stelle der Sukzessivlieferungsvertrag zwar keinen gemischten Vertrag dar, aber die Einbeziehung des Herstellungsvor-

1) RGZ 97,133 (136 f.)

gangs des Produkts in den Vertrag bewirke, daß das Kaufvertragsrecht nicht voll für jegliche Störung im Herstellungsapparat angewandt werden dürfe. Die Tatsache nämlich, daß der rechtmäßige Streik eine Schranke der einzelvertraglichen Arbeitspflicht bedeute - die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers höre dort auf, wo der rechtmäßige Streik anfangе -, müsse sich auf den Lieferungsanspruch des Abnehmers auswirken. Der Herstellungsvorgang sei so sehr Vertragsinhalt geworden, daß mit einer Lieferstörung durch Streik nicht nur der Verkäufer, sondern auch der Käufer rechnen müsse. Dieser verliere in dem Fall seinen Lieferanspruch, soweit der Verkäufer durch den Streik betroffen sei. Die Lieferung könne nicht weiter reichen als die Herstellung und die Herstellung nicht weiter als die Arbeitsverträge.

2. Stellungnahme

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Wenn man auch im Einzelfall von einem Sukzessivlieferungsvertrag, d.h. einem "Einheitsvertrag, der auf Erbringung der vereinbarten Leistung in zeitlich aufeinanderfolgenden Raten gerichtet ist" ¹⁾, zwischen Zulieferer und Abnehmer ausgehen kann, so vermag jedoch schon Lauschkes Argumentation bezüglich der beiden Sonderregelungen bei Sukzessivlieferungsverträgen nicht zu überzeugen. Diese Regelungen ergeben sich nicht allein aus Treu und Glauben mit Rücksicht darauf, daß dem Verkauf der Herstellungsvorgang vorausgeht ²⁾. Die besondere rechtliche Abwicklung im Rahmen des § 326 BGB hat ihren eigentlichen Grund in der Annäherung des Sukzessivlieferungsvertrages vom "normalen" Umsatzgeschäft an das Dauerschuldverhältnis und

1) Erman-Hefermehl vor § 145 Bem.VII.

2) So auch die Kritik von F. Müller, S.78 f.

darin, daß eine Rückabwicklung hinsichtlich der schon erbrachten Teilleistungen eine für alle Beteiligten unerwünschte Folge ¹⁾ und "zudem wirtschaftlich vielfach unzweckmäßig" ²⁾ sein würde. Das Zeitelement des Dauervertrages und nicht die Einbeziehung des Herstellungsvorgangs in den Vertrag spricht folglich dafür, in diesem Fall im Rahmen des § 326 BGB das Kündigungs- statt des Rücktrittsrechts zu gewähren. Wie Larenz ³⁾ in diesem Zusammenhang zu Recht anmerkt, ist "ein solcher Rücktritt lediglich von dem nicht bereits in der Vergangenheit zur Durchführung gelangten Teil eines dauernden Schuldverhältnisses in der Sache nichts anderes als eine Kündigung mit sofortiger Wirkung". Somit gilt die ex-tunc-Wirkung innerhalb des § 326 BGB für alle Sukzessivlieferungsverträge, bei denen die Durchführung schon begonnen wurde und nur noch Teilleistungen ausstehen, und nicht nur für Herstellungsverträge.

Auch die auf die Eigenproduktion des Zulieferers beschränkte Gattungsschuld des § 279 BGB ist keine spezifische Sonderregelung für die von Lauschke herangezogenen Sukzessivlieferungsverträge, sondern liegt darin begründet, daß der Zulieferer A das Produkt selbst herstellt. Der Abschluß eines Vertrages auf Lieferung bestimmter Eigenerzeugnisse des Zulieferers schränkt nach allgemeiner Ansicht ⁴⁾ bei allen Verträgen von vornherein die Gattungsschuld auf diese Erzeugnisse bis zur Erschöpfung des Vorrats ein. Somit scheiden die beiden Sonderregelungen als Ausgangspunkte für die Argumentation von Lauschke aus.

1) Vgl. RGZ 67,5 (7); 97,133 (136 f.); Soergel-Siebert-R.Schmidt, § 326 Rdnr.48 ff.

2) So Larenz I, § 25 I d, S.308.

3) I, § 25 I d, S.308

4) RGZ 88,287 (288); 91,312 (313); 96,126 (128); Brox-Rüthers, § 16 II 1, S.259; vgl. auch Larenz I, § 12, S.134.

Weiterhin ist aber zu untersuchen, ob nicht im Einzelfall der Liefervertrag dahin **a u s g e - l e g t** werden kann, daß die Parteien den Herstellungsvorgang derart in den Vertrag einkalkuliert haben, daß bei einem rechtmäßigen Streik die Lieferpflicht ersatzlos entfällt. Das wäre dann der Fall, wenn der wirkliche Wille beider Parteien in diese Richtung gegangen ist (§ 133 BGB) und auch aus dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit oder des Vertrauensschutzes nichts anderes gelten kann (§ 157 BGB). Hier kann man beispielsweise an folgenden Fall denken: Der Maschinenhersteller B hat mit dem Zulieferer A für mehrere Jahre die Lieferung besonders zu fertigender Spezialteile vereinbart und zwar 100 Stück zu Beginn jedes Monats, was dem Bedarf des Abnehmers B entspricht.

Bei der Erforschung des wirklichen Willens der Vertragspartner ist auszugehen von ihrem geäußerten Willen: dem des Zulieferers, seine Erzeugnisse zu verkaufen, und dem des Abnehmers, diese zu kaufen. Daraus allein kann aber für die Beantwortung unserer Frage noch nichts entnommen werden, da die Parteien über den Herstellungsvorgang und die Möglichkeit des Wegfalls der Lieferpflicht bei Streik ausdrücklich nichts vereinbart haben. Folglich kann die Willensermittlung nur durch Zurückgreifen auf die Wertungsmomente der Parteien erfolgen. Die Wertung der Parteien ergibt sich vornehmlich aus der Interessenlage, verbunden mit dem Geschäftszweck. Der Hauptzweck dieser oft langfristig abgeschlossenen Verträge ist - insoweit übereinstimmend mit Lauschke - die Absatz- und Bezugssicherung wegen der beiderseitigen Produktionsplanung auf lange Sicht unter den **günstigsten** Kostenbedingungen ¹⁾.

1) Vgl. auch Esser, § 101 4 c, S.468.

Aus dieser Interessenlage kann man aber nicht schließen, daß die Parteien wegen der kurzfristigen Herstellung vor Anlieferung den Herstellungsvorgang selbst in ihren Vertrag einkalkuliert hätten. Zu Recht führt F. Müller ¹⁾ in diesem Zusammenhang aus, daß es bei dem Kostengesichtspunkt dem Abnehmer letztlich allein um den Preis der Ware geht und nicht im einzelnen darum, ob dieser Preis durch günstige Rohstoffquellen, vorteilhafte Arbeitsbedingungen, rationelle Herstellungsverfahren oder kurzfristige Lagerhaltung zustande gekommen ist. Gerade weil der Abnehmer die Zuliefererprodukte nicht selber herstellt, sondern sich dazu eines anderen Unternehmers bedient, können derartige Erwägungen nicht zu seinem Interessen- und Risikobereich gehören. Andernfalls würde der Abnehmer die Risiken des Zulieferers tragen und rechtlich nicht anders dastehen, als wenn er die Waren selbst herstellen würde. Da also die Interessenlagen eines Selbsterstellers und die eines Produzenten, der sich eines Zulieferers bedient, nicht gleichgesetzt werden dürfen, kann der Vertrag zwischen Zulieferer und Abnehmer nicht ohne weiteres dahin ausgelegt werden, daß beide Parteien den Herstellungsvorgang miteinkalkuliert haben.

Daran ändert sich auch nichts, wenn man das zusätzliche, arbeitsrechtliche Argument Lauschkes berücksichtigt. Denn aus der Erkenntnis, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers höre dort auf, wo der rechtmäßige Streik beginne, kann nicht hergeleitet werden, daß die Leistung des Zulieferers nicht weiter reiche als die Herstellung. Dieses Argument enthält lediglich eine Aussage über die Auswirkung der Teilnahme des Arbeitnehmers am rechtmäßigen Streik auf den Arbeitsvertrag und das Arbeitsver-

1) S. 79 .

hältnis. Danach wird zwar das Arbeitsverhältnis und damit die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers durch den Streik für die Kampfdauer suspendiert, aber nicht zugleich etwas über das in Rede stehende Vertragsverhältnis zwischen Zulieferer und Abnehmer bestimmt ¹⁾.

Auch aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes braucht sich der Abnehmer nicht zu einer Einkalkulierung des Herstellungsvorgangs in den Vertrag bereitzufinden. Dafür müßten schon besondere Anhaltspunkte, z.B. die Gewährung eines Risikorabattes durch den Zulieferer, vorhanden sein ²⁾. Das kann aber nur im Einzelfall und nicht generell für alle Lieferverträge zwischen Zulieferer und Abnehmer entschieden werden.

Somit gelangt man zu dem Ergebnis, daß bei Streik nicht allgemein von einem Wegfall der Lieferpflicht des Zulieferers ausgegangen werden kann. Die durch den Streik veranlaßte Störung der Zulieferungen stellt vielmehr regelmäßig den Tatbestand einer Leistungsstörung i.S. des Schuldnerverzuges oder der Unmöglichkeit dar.

III. Aussperrung

Hier sind die Störungen zu behandeln, bei denen der Lieferausfall durch eine Angriffsaussperrung bedingt ist oder infolge einer Abwehraussperrung eintritt. Wenn der Zulieferer aber wegen einer Aussperrung seinen Lieferungsverpflichtungen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen kann, dann liegt tatbestandsmäßig Unmöglichkeit oder Verzug vor ³⁾. Das wird im Aussperrungsfall auch nicht von Lauschke ⁴⁾ bestritten, da "der Arbeitgeber bei der Aus-

1) H.M.=Suspendierungstheorie; vgl. BAGE 1,292; Brox-Rüthers, § 12 IV, S.222 ff., Fußn.28,29 m.w.N.

2) So auch F. Müller, S.79

3) Zur Kausalität der Abwehraussperrung vgl. oben § 4 I.

4) Lauschke, DB 1966,141; vgl. auch § 4 II 1.

sperrung selbst den Lauf der Dinge bestimmt: den Zeitpunkt der Aussperrung, ihre Dauer, die von ihm betroffenen Personenkreise und die Intensität - ob suspendierend oder lösend".

Insoweit ist aber nicht einzusehen, warum Lauschke diese Argumentation nicht auch für s t r e i k bedingte Leistungsstörungen gelten lassen will, denn dort kann der Arbeitgeber - Zulieferer z.B. durch Erfüllung der Streikforderungen ebenfalls "selbst den Lauf der Dinge bestimmen". Die Konfliktslage zwischen Vertragstreue und Arbeitskampf ist für den Zulieferer sowohl bei Aussperrung als auch bei Streik im wesentlichen gleich. Für eine unterschiedliche Behandlung streik- und aussperrungsbedingter Leistungsstörungen gibt dieses Argument Lauschkes jedenfalls nichts her. Dadurch wird im Gegenteil das zuvor zur streikbedingten Lieferungsstörung Gesagte ¹⁾ noch bestätigt.

§ 5

RECHTSWIDRIGKEIT

I. Allgemein

Arbeitskämpfe (Streik und Aussperrung) - die Ursachen der hier zu untersuchenden Leistungsstörungen - sind von der Rechtsordnung anerkannt und - wovon hier ausgegangen werden soll - ²⁾ rechtmäßig. Ob sich diese Rechtmäßigkeit auch auf die Leistungsstörungen bei den Verträgen zwischen kampfbeteiligten Zulieferern und kampfuntbeteiligten Abnehmern erstreckt, ist die erste Frage bei der Rechtswidrigkeit arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen ³⁾. Vor ihrer Beantwortung muß aber geklärt werden, was

1) Vgl. oben § 4 II 2.

2) Vgl. dazu oben § 2 I 3.

3) Vgl. den ersten Ansatz dieser Problematik bei Neugebauer, S.5.

in diesem Zusammenhang unter "Rechtswidrigkeit" zu verstehen ist.

Dem Wortsinn nach bedeutet "rechtswidrig" dem Rechte zuwider. So bezeichnet man auch grundsätzlich als rechtswidrig einen nicht gerechtfertigten Verstoß gegen irgendeine Rechtsnorm¹⁾. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Rechtsnorm, gegen die verstoßen wird, wie im Deliktsrecht absolute oder wie im Vertragsrecht relative Wirkung hat²⁾. Das hat nur Bedeutung für den Kreis der Verletzer: Eine Vertragsverletzung - wie die Leistungsstörung - kann nach dem System des BGB nur eine der Vertragsparteien begehen. Die in der Vertragsverletzung zu sehende Rechtswidrigkeit stellt dann die für das Verschulden vorauszusetzende Rechtswidrigkeit dar. Die V e r t r a g s w i d r i g k e i t steht insoweit der R e c h t s w i d r i g k e i t gleich³⁾.

1. Rechtswidrigkeit im Vertragsrecht

Das Problem der Rechtswidrigkeit im Vertragsrecht steht mit dem Inhalt der Leistungspflicht des Schuldners aus dem Vertrag in Beziehung. Wie Wieacker⁴⁾ ausführlich dargelegt hat, beruht die Frage, ob der Schuldner aus dem Vertrag das Leistungsverhalten oder den Leistungserfolg oder beides

1) Brox-Rüthers, § 3 I 1 c, Fußn. 5, S. 52, 53; Fikentscher, § 52 I 1, S. 254.

2) Ohne praktische Konsequenz ist es, wenn man für die Verletzung von Vertragsrechten begrifflich von r e l a t i v e r Rechtswidrigkeit spricht; so Galperin, Nipperdey-Festschrift II S. 197 ff.; Lehmann-Hübner, § 39 VI, S. 344; Enneccerus-Nipperdey, § 209 VI, S. 1300; vgl. auch Löwisch, AcP 165, 422.

3) Löwisch, AcP 165, 422, der dies zutreffend damit begründet, daß nach § 305 BGB der Verstoß gegen eine vertragliche Verpflichtung als Verstoß gegen eine gesetzliche Verpflichtung aufzufassen ist. Vgl. auch Brox-Rüthers, § 16 III 1, S. 261.

4) Nipperdey-Festschrift I, S. 783 ff., 812; vgl. auch Esser, § 53 1, S. 189.

schuldet, auf dem Doppelaspekt des Schuldverhältnisses, der im BGB systemmäßig nicht ausgeglichen ist: Einmal hat das Schuldverhältnis das Ziel, die Gläubigerinteressen zu verwirklichen (Erfolg), zum anderen ist es, da der Schuldner dieses Ziel verwirklichen soll, eine Verhaltensordnung für den Schuldner (Verhalten). Von der gleichen Zwiespältigkeit ist der Leistungsbegriff des BGB, der von dem rechtlich gebotenen Verhalten des Schuldners bis zu dem Leistungserfolg reicht ¹⁾. Daraus folgt, daß sich die Rechtswidrigkeit der Leistungsstörung unterschiedlich danach bestimmen läßt, ob man auf das Leistungsverhalten des Schuldners (Handlungsunrecht) oder auf den Leistungserfolg (Erfolgsunrecht) oder auf eine Kombination beider Elemente (aufwandsqualifiziertes Erfolgsunrecht ²⁾) abstellt. Diese Frage, ob die Rechtswidrigkeitsbeurteilung nach dem Erfolg oder dem Verhalten zu erfolgen hat, ist auch in der Literatur zu unserem Thema nicht unbestritten ³⁾. Der Streit ist uns ebenso aus dem Deliktsrecht unter dem Stichwort "Erfolgs- oder Handlungsunrecht" bekannt ⁴⁾. Es würde den Rahmen unserer Untersuchung sprengen, und es ist nicht notwendig, einen weiteren Beitrag zu dieser allgemeinen Auseinandersetzung zu leisten. Es gibt vielmehr, ausgehend von der bekannten Problematik Handlungsunrecht - Erfolgsunrecht, die Besonderheiten der hier zu erörternden Rechtswidrigkeitsbeurteilung arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen aufzuzeigen.

1) Blomeyer, § 2 II 3, S.8 f.

2) So Esser, JZ 1963, 490.

3) Für Handlungsunrecht: Löwisch, DB 1962, 762; Brobrowski-Gaul, H IV, Rdnr.1 ff., 5, 6 (S.508 ff.); Dohnau, S.21 ff.; für Erfolgsunrecht: Brox-Rüthers, § 16 III, 1 S.261 f.; Bulla, DB 1963, 755 f.; Hohn, S.13 f.; Lauschke, DB 1966, 141; F. Müller, S.75.

4) Vgl. neben vielen anderen insbesondere: v. Caemmerer, Juristentag-Festschrift, Bd. II, S.115 ff.; Deutsch, S.195 ff.; Esser, § 53, S.189 ff.; § 201, S.826 ff.; Larenz, Dölle-Festschrift, S.183 ff.

a) Handlungsunrecht

Für einen Teil der Literatur ¹⁾ ist Anknüpfungspunkt des Rechtswidrigkeitsurteils bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen das Verhalten des Zuliefers ²⁾ und zwar präziser: das sozialadäquate (=rechtmäßige oder gerechtfertigte) ³⁾ Arbeitskampfverhalten. Diese arbeitskampfrechtliche Rechtmäßigkeit könne, so folgert diese Ansicht, nicht zu einer bürgerlich-rechtlichen Rechtswidrigkeit gegenüber dem Vertragspartner führen. Die Leistungsstörung sei daher nicht rechtswidrig. Diese Meinung geht von der Erkenntnis aus, daß eine Handlung nicht rechtmäßig und rechtswidrig zugleich sein könne. In unserem Recht gelte vielmehr der Grundsatz der Rechtseinheit, wonach eine Handlung nur einheitlich als rechtmäßig oder rechtswidrig beurteilt werden könne ⁴⁾. Daher überträgt

Larenz II, § 66 I e, S.428 f.; Larenz, Allgemeiner Teil, § 6 II, S.72 ff.; Münzberg, S.1 ff., 61 ff., 120 ff.; Enneccerus-Nipperdey, § 209, S.1277 ff.; Nipperdey, NJW 1957, 1777 ff. und neuestens NJW 1967, 1987 ff.; Staudinger-Werner, Vorbem. zu §§ 275-292 Rdnr.60 m.w.N., 81 ff.; Zeuner, JZ 1961, 41 ff..

- 1) Zuerst Löwisch, DB 1962, 762; vgl. aber auch Löwisch, AcP 165 (1965), S.430 Fußn.25 und S.452 Fußn.84, wo der Verfasser m.E. seine Auffassung einschränkt; dann Bobrowski-Gaul, H IV Rdnr.1 ff., 5,6 (S.508 ff.); Gaul, Rezension, NJW 68, 490; neuestens Dohnau, S.21 ff.
- 2) Auf das Verhalten der Arbeitnehmer bei Streik stellt Dohnau, a.a.O. Fußn.1), ab, der das Problem i.V. mit § 278 BGB darstellt.
- 3) In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob man eine sozialadäquate Handlung als "nicht widerrechtlich(=rechtmäßig)" oder die Sozialadäquanz als einen die Rechtswidrigkeit ausschließenden (im Arbeitskampf anerkannten) "Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens" ansieht. - vgl. dazu im einzelnen Brox-Rüthers, § 8 A II, S.122.
- 4) So insbesondere Bobrowski-Gaul, H IV Rdnr.5; Dohnau, S.20, 27 f., 35; Enneccerus-Nipperdey, § 209 II, S.1278 f.; Galperin, Nipperdey-Festschrift, Bd. II, S.199, 203 f.; bei Münzberg, a.a.O., S.121, heißt es: "Das Urteil der Rechtswidrigkeit ist absolut und unteilbar".

diese Ansicht den Rechtsgedanken der sozialen Adäquanz ¹⁾, wonach alle Handlungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen, rechtmäßig sind, auf das bürgerliche Vertragsrecht. Unter Berufung auf die Grundsatzentscheidung der Großen Senate des BAG vom 28.1.1955 ²⁾ und des BGH vom 4.3.1957 ³⁾ argumentiert diese Meinung dann folgendermaßen: Streik und Aussperrung seien von der Rechtsordnung anerkannte, letzte Mittel, um die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Wirtschaft festzulegen. Wenn die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer von diesen zulässigen Mitteln Gebrauch machten, erfüllten sie eine ihnen in der geltenden Wirtschafts- und Sozialordnung zukommende Funktion und bewegten sich innerhalb der sozialetischen Ordnung unseres Gemeinschaftslebens. Falls der Arbeitgeber dadurch der Pflicht gegenüber seinem Vertragspartner nicht nachkomme, sei das zwar tatbestandsmäßig eine Leistungsstörung, die aber nicht rechtswidrig sei. Denn rechtswidrig handele derjenige, der einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis nicht Folge leiste nur dann, wenn er sich insgesamt verkehrswidrig=sozialinadäquat verhalte. Das habe zur Folge, daß wegen des sozialadäquaten=rechtmäßigen Handelns die Rechtswidrigkeit der arbeitskampfbedingten Leistungsstörung schon von vornherein entfalle, ohne daß sich überhaupt die Frage eines besonderen Rechtfertigungsgrundes stelle ⁴⁾.

1) Dieser Begriff wurde im Strafrecht von Welzel, a.a.O., S.45 entwickelt und von Nipperdey, a.a.O. S.50 Fußn.4), in das Zivilrecht übernommen.

2) BAGE 1, 291.

3) BGHZ 24, 21.

4) So jetzt ausdrücklich, allerdings für das Deliktsrecht, Nipperdey, NJW 1967, 1992 f.; vgl. auch Fikentscher, § 97 V, S.509. - A.A. Brox-Rüthers, § 8 A II, S.122; vgl. im übrigen oben Fußn. 3 S. 50.

b) Erfolgsunrecht

Die überwiegende Mehrheit der Literatur ¹⁾ geht vom Erfolgsunrecht aus, gerade auch unter dem besonderen Aspekt der Rechtswidrigkeit arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen. Sie ist der Ansicht, die Leistungsstörung sei rechtswidrig, weil sie den Leistungserfolg vertragswidrig entfallen lasse. Auf das rechtmäßige Verhalten des Zulieferer-Arbeitgebers in Bezug auf die Aussperrung oder den Streik komme es nicht an, da der Arbeitskampf nur den Leistungsstörungenanlaß darstelle. Die Rechtswidrigkeit der Leistungsstörung bestimme sich aber nicht nach der ihres Anlasses, sondern nach der ihres Erfolges²⁾. Das Recht der Leistungsstörungen stelle gerade auf den Zuspät- oder Nichteintritt des Leistungserfolges ab und könne daher nicht von einem handlungsbezogenen Rechtswidrigkeitsbegriff ausgehen.

c) Aufwandsqualifiziertes Erfolgsunrecht

Esser ³⁾ - und sich ihm anschließend Siebrecht⁴⁾ - versucht der Diskrepanz in diesen Fällen dadurch zu begegnen, daß er zwar grundsätzlich vom Erfolgsunrecht ausgeht, dieses aber modifiziert durch die Annahme eines zumutbaren Leistungsaufwandes des Zulieferer-Schuldners. Weder das Ausbleiben des Erfolges allein noch die Vertragswidrigkeit des Handelns, das zu der Leistungsstörung führt, sei Gegenstand des Rechtswidrigkeitssurteils, sondern ein solches Ausbleiben des Erfolges, das durch ein Versagen des

1) Brox-Rüthers, § 16 III, 1, S.261 f.; Bulla, DB 1963, 755 f.; Hohn, S.13 f.; Lauschke, DB 1966, 141; F. Müller, S.75; Wieacker, Nipperdey-Festschrift, Bd.I, S.794 f.; vgl. auch Erman, § 276 Anm.2, Erman-Drees, § 823 Anm.8; Soergel-Siebert-R.Schmidt, § 276 Rdnr.20 ff.; Staudinger-Werner, Vorbem.zu §§ 275-292 Rdnr.61,62,81; § 276 Rdnr.9 m.w.N.

2) Bulla, DB 1963, 755; Hohn, S.13.

3) JZ 1963, 490 f.

4) S. 122 f.

Schuldners innerhalb der von ihm nach Treu und Glauben verlangten vertraglichen Bemühungen (§§ 157, 242 BGB) liege.

Diese Meinung, die auf der von Heck ¹⁾ entwickelten Lehre von der "Opfergrenze" aufbaut, kommt in den hier zu behandelnden Sachverhalten zwar grundsätzlich zu dem Ergebnis, daß die durch rechtmäßige Kampfmaßnahmen verursachte Leistungsstörung dann nicht rechtswidrig im Sinne des Vertragsrechts sei, wenn ihre Überwindung eine überobligationsmäßige Schwierigkeit darstelle. Das sei z.B. bei einer Verbandsaussperrung dann der Fall, wenn der Zulieferer im Hinblick auf die Einhaltung seiner Lieferpflichten das Risiko auf sich nehmen müsse, durch Ausscheiden aus der Kampffront andere, auf die Dauer aber preismäßig ausschlaggebende Lohn- und Arbeitsbedingungen zu akzeptieren ²⁾. Im Ergebnis gelangt Esser - zumindest für den Fall der Verbandsaussperrung - aber auch zu der Rechtswidrigkeit der Leistungsstörung ³⁾; denn unter Berücksichtigung unseres Wirtschaftssystems und seiner Koalitionsverhältnisse sei die Schwierigkeit nicht unüberwindbar, weil sich der Zulieferer-Schuldner freiwillig in den Konflikt zwischen Verbands- und Vertragspflicht begeben habe, ohne haftungsausschließende Freizeichungsklauseln zu vereinbaren.

2. Stellungnahme

Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen handelt es sich um eine bürgerlich-rechtliche Frage. Ihre Lösung hat daher vom BGB auszugehen. Dieser an sich selbstverständliche Hinweis ist erforderlich, weil der bürgerlich-

1) § 28 Ziff. 1 ff., 8, S.85 ff.

2) Esser, JZ 1963, 491.

3) Das erkennt Siebrecht, S.123; vgl. dazu Brox-Rüthers, § 16 IV 1 b, Fußn.32, S.265.

rechtliche Ansatz oft unberücksichtigt bleibt und das Schwergewicht der Erörterungen allein auf die Problematik der Kollision zwischen bürgerlichem und Arbeitskampfrecht gelegt wird ¹⁾.

Ausgangspunkt unserer Betrachtung ist die erwähnte Zwiespältigkeit des schuldrechtlichen Leistungsbegriffs, der sich - wie Wieacker nachweist ²⁾ - aus dogmengeschichtlichen Gründen nicht auf ein einheitliches System zurückführen läßt und einmal auf die Leistungshandlung ³⁾, zum anderen auf den Leistungserfolg ⁴⁾ bezogen ist. Daraus folgt aber, daß die Frage der Rechtswidrigkeit der Vertragsverletzung nicht grundsätzlich beantwortet werden kann und darf, sondern daß für das Unwerturteil im Einzelfall auf die konkrete Vertragsstörung und den ihr zugrundeliegenden Leistungsbegriff abgestellt werden muß ⁵⁾. Das bedeutet für die hier behandelten Sachverhalte: Da die Unmöglichkeit- und Verzugslehre unseres Schuldrechts primär an der Interessenverwirklichung des Gläubigers, also am Leistungserfolg, ausgerichtet ist ⁶⁾, hat das Verhalten des Schuldners insoweit keine Bedeutung. Wenn nämlich die Vertragserfüllung unmöglich geworden und somit der Tatbestand der Unmöglichkeit gegeben ist, kann das spezielle Gläubigerinteresse - durch was für ein Verhalten des Schuldners auch immer - nicht mehr verwirklicht werden. Das gilt - bezogen auf den Lieferungszeitpunkt - auch für den Schuldnerverzug. Aber auch diese bürgerlich-rechtliche Betrachtungsweise kann bei der Doppelstellung Unternehmer - Arbeitgeber an der Tatsache nicht vorbeigehen, daß der

1) Vgl. insbesondere Dohnau, S.19,20.

2) Nipperdey-Festschrift, Bd.I, S.790 ff., 812.

3) Vgl. §§ 241 S.2, 242, 269 Abs.1, 271, 275 Abs.2, 279, 283, 320, 321 BGB.

4) Vgl. §§ 241, S.1, 275 Abs.1, 280 Abs.2, 282, 306, 323-325, 362 BGB.

5) Vgl. auch Larenz I, § 19 IV, S.224 ff., 230.

6) Wieacker, Nipperdey-Festschrift Bd.I, S.791 ff., 794; Esser, JZ 1963, 490; F. Müller, S.75.

Zulieferer trotz des Erfolgeintritts hinsichtlich der Leistungsstörung arbeitskampfrechtlich gesehen rechtmäßig gehandelt haben kann. Es ist daher zu erwägen, ob sich angesichts der Kollision dieser Rechtskreise vielleicht doch die Möglichkeit einer Korrektur des bürgerlich-rechtlichen Erfolgsunrechtsbegriffs in dem hier vorliegenden Bereich anbietet. Denn - wie Stoll ¹⁾ in anderem Zusammenhang zu Recht erwähnt - kann es Wissenschaft und Rechtsprechung nicht verwehrt sein, gesetzliche Systembegriffe neu zu definieren, wenn dies die Sache wegen Erkenntnissen erfordert, die dem Gesetzgeber noch weitgehend verschlossen waren. Insoweit ist hier die Lehre vom Handlungsunrecht ²⁾ einer näheren Überprüfung zu unterziehen.

Schon in ihrem Ausgangspunkt, daß die Rechtsordnung bezüglich der Rechtswidrigkeit eine in sich geschlossene Einheit bilde, erweckt diese Ansicht Bedenken. Daraus will sie im einzelnen ableiten, daß das Werturteil, nach welchem eine Handlung als rechtswidrig oder rechtmäßig anzusehen sei, für das gesamte Recht gelte, weil dieses Urteil nur unter Berücksichtigung aller Wertungen der Rechtsordnung und aller in Betracht kommenden Interessen gefällt werden könne ³⁾. Die dualistische Beurteilung einer schädigenden Handlung widerspreche dem Grundsatz der Rechtseinheit ⁴⁾. Dieser Gedanke der geschlossenen Einheit der Rechtsordnung hat aber mehr idealtypischen Charakter, als daß er unserer Rechtswirklichkeit entspricht ⁵⁾. Er ist auch keineswegs zwingend.

1) JZ 1958, 141.

2) Vgl. dazu oben § 5 I 1 a.

3) So Enneccerus-Nipperdey, § 209 II, S.1278; Engisch, S. 56 ff.

4) Dohnau, S.27 f., 35.

5) Vgl. auch Ehrlich, AcP 115, S.245 ff., 261, 266 ff.

Denn wie Brox ¹⁾ überzeugend darlegt, gebietet die Logik nicht, daß eine Handlung innerhalb der gleichen Rechtsordnung bezüglich ihrer Rechtswidrigkeit immer gleich bewertet werden muß ²⁾. Es ist durchaus denkbar, daß eine Handlung auf einem Teilgebiet des Rechts als rechtmäßig und auf einem anderen als rechtswidrig zu beurteilen ist ³⁾. Man kann hier beispielsweise an ein auf Grund einer Baugenehmigung errichtetes Bauvorhaben denken, das formell und materiell baurechtsmäßig ist, aber trotzdem gegen die privaten Rechte eines Nachbarn aus einer Grunddienstbarkeit verstößt. Die Baugenehmigung ergeht daher auch regelmäßig "unbeschadet Rechte Dritter" ⁴⁾.

Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist zwar einheitlich: ein nicht gerechtfertigter Verstoß gegen eine Rechtsnorm. Seinen konkreten Inhalt gewinnt der Rechtswidrigkeitsbegriff jedoch erst aus dem Sinn und Zweck der im Einzelfall verletzten Rechtsvorschrift, insbesondere durch die ihr wegen des jeweiligen Interessenausgleichs zugrundeliegenden Beurteilungskriterien ⁵⁾. Insoweit kommt es in unserem Zusammenhang - wie dargelegt - auf die primär an der Interessenverwirklichung des Gläubigers, also dem Leistungserfolg, ausgerichteten Vorschriften über die Leistungsstörungen an.

Wenn es den Grundsatz der Rechtseinheit gäbe, müßte er auch im umgekehrten Fall gelten und folglich die partielle Rechtswidrigkeit einer Handlung

1) Nipperdey-Festschrift, Bd. II, S. 61.

2) So auch Lobe, S. 34, 46 für das Verhältnis bürgerliches Recht - Strafrecht.

3) Hohn, S. 15; Staudinger-Werner, Vorbem. zu §§ 275-292 Rdnr. 81; vgl. auch Bettermann, NJW 1957, 987; Deutsch, S. 273 ff.; Erman, § 276 Anm. 2.

4) Vgl. dazu Wolff, H. J., § 136 V 3, S. 117.

5) Vgl. auch Brox-Rüthers, § 3 I 1 a, S. 51, c Fußn. 5, S. 52 f.

zu der Rechtswidrigkeit schlechthin führen. Daß dies unzulässig ist, anerkennt aber selbst Nipperdey¹⁾, wenn er z.B. tarif-, amts- oder verbandswidrige Arbeitskämpfe nicht ohne weiteres als rechtswidrig i.S. von § 823 BGB ansieht²⁾. Dann ist auch nicht einzusehen, warum bei Leistungsstörungen die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes auf den schuldrechtlichen Rechtskreis ausgedehnt werden soll. Der erwähnten BGH-Entscheidung³⁾ kann ebenfalls nichts für eine einheitliche Betrachtungsweise von Schadenshandlungen entnommen werden⁴⁾, zumal sie sich nur auf das Recht der unerlaubten Handlungen und dort ausdrücklich auf das besondere Gebiet des Straßen- und Eisenbahnverkehrs beschränkt. Eine nur "äußerliche Harmonisierung der rechtlichen Begriffsbildung" befürwortet der BGH aber gerade nicht, denn damit werde "den wesensgemäßen Unterscheidungen nicht Rechnung getragen, die sich aus der spezifischen Eigenart und Zwecksetzung zweier verschiedener Rechtsgebiete ergeben"⁵⁾.

Die Lehre vom Handlungsunrecht ist in unseren Sachverhalten aber insbesondere deswegen abzulehnen, weil sie das Prinzip der Sozialadäquanz auf das Vertragsrecht des BGB überträgt⁶⁾. Auf die allgemeine Problematik der Sozialadäquanz, vor allem ob sich ihre Rechtfertigungsfunktion für den Arbeitskampf überhaupt dogmatisch befriedigend erklären läßt, kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht näher eingegangen

1) Hueck-Nipperdey II, § 47 FuBn.41, S.616 und § 49 FuBn.51, S. 645 f.

2) Vgl. Brox-Rüthers, § 3 FuBn.5, S.52 f., § 9 II, S.163; Nikisch II, § 65 I 1, S.132.

3) BGHZ (GS) 24,21.

4) So aber Dohnau, S.28,29.

5) BGHZ (GS) 24,21 (27).

6) Brox-Rüthers, § 16 II 2, S.262; Bulla, DB 1963, 755; ders., ArbRBlattei D Arbeitskampf II, F Anm. III, 3; Hohn, S.13 ff.; F. Müller, S.75; Lauschke, DB 1966, 141; wohl auch Esser, JZ 1963, 490; Sieb-recht, S.122.

werden ¹⁾. Mit einer ähnlichen Frage, nämlich der Übertragung der Sozialadäquanz auf das Arbeitsvertragsrecht hat sich das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 28.1.1955 ²⁾ befaßt. Dort behandelt das BAG u.a. die Auswirkungen des sozialadäquaten=rechtmäßigen Streiks auf das Arbeitsverhältnis. Diese Entscheidung wird aber zu Unrecht von den Vertretern des Handlungsunrechts ³⁾ zur Begründung ihrer Ansicht herangezogen ⁴⁾. Wie aus den Gründen dieser Entscheidung hervorgeht, hatte der Große Senat zunächst Bedenken gegen die Ausdehnung der Sozialadäquanzlehre auf das Vertragsrecht, weil das Prinzip der Sozialadäquanz in erster Linie für das Strafrecht entwickelt sei und im Zivilrecht lediglich im Recht der unerlaubten Handlung gelte. In diesem Zusammenhang räumt das Gericht einem früheren, m.E. richtigen Einwand Nipperdeys ⁵⁾ wie folgt aus:

"Wer sich vertraglich verpflichtet hat und gegen diese Verpflichtung verstößt, kann u.U. widerrechtlich (vertragswidrig) handeln, auch wenn sein Verhalten allgemein betrachtet noch sozialadäquat ist (vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S.918). Das kann aber offenbar nur dann gelten, wenn die vertragliche Verpflichtung bei einer Auslegung nach Treu und Glauben gerade dahin geht, auch allgemein sozialadäquates Verhalten zu unterlassen. Davon kann aber bei der Vereinbarung der Arbeitspflicht keine Rede sein." ⁶⁾

Schon aus dieser Begründung ergibt sich, daß das BAG die Sozialadäquanz nur im Bereich des Arbeitsvertragsrechts als Rechtfertigungsmöglichkeit gelten lassen will. Im übrigen ist der frühere Einwand

1) Vgl. dazu Bernert, a.a.O., der nach einer eingehenden Analyse der Lehre Welzels die Sozialadäquanz weder im Strafrecht noch im Zivilrecht (Arbeitsrecht) für brauchbar hält; ablehnend auch Ramm, AuR 1966, 161 ff.; Rüthers, AuR 1967, 131 ff., Fußn.23 ff. m.w.N.

2) BAGE 1, 291 (306 f.).

3) Vgl. insbesondere Dohnau, S.29 ff.

4) So auch F. Müller, S.75.

5) Enneccerus-Nipperdey, 14. Aufl., § 209 II, S. 918.

6) BAGE 1, 306 f.

Nipperdeys in dem hier zu untersuchenden Sachverhalt des 1. Fallmodells ¹⁾ nicht zu widerlegen, da der Liefervertrag gerade die Nebenpflicht enthält, den Eintritt aller den Vertrag und seinen Zweck störenden Umstände - also auch die Beeinträchtigung durch Streik und Aussperrung - zu verhindern ²⁾. Ob dem Unternehmer das im Einzelfall möglich und zumutbar ist, stellt sich als eine in diesem Zusammenhang nicht zu untersuchende Frage des Verschuldens dar ³⁾. Schon aus diesem Grunde bestehen gegen die Ausweitung der Rechtsfertigungsfunktion der Sozialadäquanz auf das bürgerliche Vertragsrecht erhebliche Bedenken ⁴⁾.

Im Zusammenhang mit der BAG-Entscheidung ergibt sich noch ein weiteres Gegenargument: Der Beschluß bezieht sich ausdrücklich auf den einheitlichen Rechtskreis des Arbeitsrechts, für den das BAG ⁵⁾ wegen des kollektiven "Wesens" ⁶⁾ des Arbeitskampfs zu dem Ergebnis gelangt, daß es nicht gerechtfertigt sei, den Arbeitskampf individualrechtlich anders zu bewerten als kollektivrechtlich ⁷⁾. Wie das BAG ausdrücklich anmerkt, solle damit aber nicht der umstrittene Grundsatz ausgesprochen sein: Kollektivrecht oder Verbandsrecht geht vor Vertragsrecht oder Verbandstreue geht vor Vertragstreue. Deshalb kann aus der Sozialadäquanz der Kampfmittel im Bereich

1) Vgl. oben § 1 I 1.

2) Vgl. Erman, § 242 Anm. III 2 a; F. Müller, S.82; so jetzt auch Löwisch AcP 165, 429 f., 442 f.

3) Vgl. dazu § 6 II 2 a.

4) Andernfalls müßte man auch den Arbeitnehmer, der infolge aussperrungsbedingten Lohnausfalls bei Ratenkäufen mit seinen Teilzahlungen in Verzug kommt, als gerechtfertigt ansehen. Das nehmen selbst die Vertreter der Lehre vom Handlungsunrecht nicht an; vgl. Löwisch, DB 1962, 761, 763.

5) BAGE 1, 291 (302 ff., 305).

6) Zu diesem Wesensargument vgl. kritisch Rùthers, AuR 1967, 131; allgemein kritisch zum Wesensargument vgl. Scheuerle, AcP 163, 429 ff.

7) So auch jetzt Löwisch, AcP 165, 452 Fußn.84.

des Arbeitskampfrechts auch nicht gefolgert werden, daß alle im Gefolge des Arbeitskampfes auftretenden Vertragsstörungen gerechtfertigt sind ¹⁾. Diese Folge gilt nur für das Arbeitsvertragsrecht und wird dort von der herrschenden Einheitstheorie anerkannt ²⁾.

Eine Übertragung der Sozialadäquanz in das schuldrechtliche Vertragsverhältnis kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil es sich bei dem kollektiven Arbeitskampfrecht und dem bürgerlichen Individualrecht um zwei verschiedene Rechtssphären mit unterschiedlichen gesellschaftlichen und sozialen Interessen und damit Gesetzmäßigkeiten und Rechtsmäßigkeitsgesichtspunkten handelt. Diese Rechtskreise stehen in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen beziehungslos nebeneinander ³⁾. Schon ihre Grundprinzipien sind antithetisch: **Tar i f k a m p f** und **V e r t r a g s f r i e d e n**. Kampf ist Lösung eines Konflikts und ohne Schaden kaum denkbar. Die Arbeitskampfmaßnahmen sind daher geradezu darauf abgestellt, den Gegner möglichst nachhaltig zu schwächen, um ihn zum Nachgeben bezüglich der tariflichen Forderungen zu bringen. Wirtschaftliche Schäden - wie die Störung der Lieferverträge - sind unausweichliche Folgen des Arbeitskampfes, aber dadurch nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Demgegenüber dienen die Lieferverträge der gegenseitigen friedlichen Interessenverwirklichung der Parteien. Ein bewußtes Schädigen oder Schwächen des Vertragspartners würde dem Schuldverhältnis mit Rücksicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen.

Wenn man auf die Person des Arbeitgebers sieht,

1) So aber insbesondere Dohnau, S.32.

2) Vgl. Brox-Rüthers, § 12 II, S. 219 m.w.N.

3) Vgl. hierzu insbesondere Hohn, S.14 f.; Steindorff, RdA 1965,258.

sind ferner beim Entschluß zum Arbeitskampf ganz andere Erwägungen von Bedeutung als beim Abschluß eines Liefervertrages. Im arbeitsrechtlichen Bereich stehen tarif- und sozialpolitische Belange im Vordergrund. Das sind in erster Linie Fragen, die Inhalt des normativen Teils des Tarifvertrages werden können ¹⁾, wie Regelungen über Arbeitsvergütung, Zulagen, Sozialaufwendungen, Absicherung übertariflicher Zahlungen; Bestimmungen über die Fürsorgepflicht, Beschäftigungspflicht und Urlaubsgewährung; Regelung betrieblicher Fragen, wie Betriebseinrichtungen und allgemeine Betriebsordnung; betriebsverfassungsrechtliche Fragen; Schaffung gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, z.B. Lohnausgleichskassen, Erholungsheime, Aus- und Fortbildungsstätten. Bei Abschluß des Liefervertrages sind dagegen in der Hauptsache kaufmännische und betriebswirtschaftliche Erwägungen erheblich, wie die allgemeine Marktlage, die Frage nach Risiko und Gewinn, die Möglichkeit der Produktionsplanung durch Abschluß langfristiger Verträge ²⁾.

Schließlich kann auch der Entscheidung des Großen Senats des BGH ³⁾, welche die Lehre vom Handlungsrecht auch hier immer wieder heranzieht ⁴⁾, nichts für eine Ausdehnung des Prinzips der Sozialadäquanz auf das bürgerliche Vertragsrecht entnommen wer-

1) Vgl. dazu ausführlich Hueck-Nipperdey II/1 § 15, S. 239 ff.

2) Wie Hohn, S.14, in diesem Zusammenhang richtig anmerkt, spielt es für die Rechtswidrigkeitsbeurteilung auch keine Rolle, ob der Wille zum Abschluß eines Liefervertrages und zur Auslösung einer Arbeitskampfmaßnahme von der gleichen Person gefaßt oder die Willensbildung von ihr beeinflußt worden ist.

3) BGHZ 24,21.

4) Dohnau, S.35; Löwisch, DB 1962, 762; Fußn.11; Vgl. aber auch Nipperdey, NJW 1957, 1777 ff.

den ¹⁾. Wie schon angedeutet, bezieht sich diese Entscheidung nur auf die spezielle d e l i k t s-rechtliche Frage der Rechtswidrigkeit einer Schädigung durch ordnungsgemäßes Verhalten eines Teilnehmers am Straßen- oder Eisenbahnverkehr (§§ 823, 831 BGB). Zudem läßt es der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich dahingestellt, ob es sich bei dem gewonnenen Ergebnis um einen Sonderfall der Anwendung des Rechtsgedankens der sozialen Adäquanz handelt ²⁾.

Nach allem scheint es nicht geboten, von dem oben dargelegten Erfolgsunrechtsbegriff des BGB und somit von der Rechtswidrigkeit arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen abzugehen.

Im Ergebnis stimmt hiermit - wie oben ausgeführt ³⁾ - auch Esser überein, weil im Regelfall wegen der Freiwilligkeit des Konflikts zwischen Verbands- und Vertragstreue keine die Rechtswidrigkeit der Leistungsstörung ausschließende überobligationsmäßige Schwierigkeit gegeben ist. Abgesehen von der im Einzelfall schwierigen Feststellung der Opfergrenze ⁴⁾ kann der Lehre vom aufwandsqualifizierten Erfolgsunrecht aber auch aus einem anderen Grunde nicht gefolgt werden. M.E. handelt es sich mehr um eine systematische Frage, an welcher Stelle des Tatbestandsaufbaus die Überlegungen der Zumutbarkeit oder Opfergrenze zu prüfen sind ⁵⁾. Rechtsprechung und Literatur ordnen den Gedanken der Überschreitung der Opfergrenze zu Recht nicht der Rechtswidrigkeitsebene zu, sondern

1) So auch Brox-Rüthers, § 16 III 1, S.261 FuSn. 12; Bulla, DB 1963,755 FuSn.6; Erman-Drees, § 823 Anm.8; Soergel-Siebert-R.Schmidt, § 276, Rndnr.20 f.; Soergel-Siebert-Mühl, § 1004 Rndnr. 63; Staudinger-Werner, Vorbem.zu §§ 275-292, Rndnr.81 ff.; Larenz II, § 66 I e, S.428 f.

2) BGHZ 24,21 (26,27).

3) Vgl. § 5 I 1 c.

4) Vgl. dazu Ballerstedt, AuR 1966,229 FuSn.24; F. Müller, S.76 f.

5) Vgl. auch Lauschke, DB 1966, 141.

behandeln ihn als Tatbestandsmerkmal beim Wegfall der Geschäftsgrundlage ¹⁾. Dieser herrschenden Ansicht stimmt letztlich auch Esser zu, wenn er sich aus Gründen der Rechtssicherheit und Kontinuität für die Fortführung der Rechtsprechung ausspricht ²⁾.

II. Streik

Die Rechtswidrigkeit der streikbedingten Leistungsstörung folgt aus der Vertragswidrigkeit der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung. Die Frage, ob sich das rechtmäßige Arbeitskampfhandeln des Zulieferers auf die Leistungsstörung auswirkt, stellt sich beim Streik nicht, da der Streik arbeitskampfrechtlich Arbeitnehmerhandeln ist, das den Arbeitgeber gleichsam nur passiv betrifft. Das rechtmäßige Verhalten der streikenden Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber ist für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Leistungsstörung bei dem bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnis zwischen Zulieferer und Abnehmer unerheblich, insbesondere stellt die Sozialadäquanz des Streiks keinen Rechtfertigungsgrund dar ³⁾. Da kein aktives Arbeitskampfverhalten des Zulieferer-Arbeitgebers vorliegt, dürfte insoweit nicht einmal die Lehre vom Handlungsunrecht einen Ansatz bezüglich eines rechtmäßigen Arbeitgeberverhaltens haben ⁴⁾.

1) Vgl. BGH LM Nr. 12 zu § 242 (Bb) BGB; Larenz I, § 20 I d., S. 246; Staudinger-Werner, Vorbem. zu §§ 275-292 Rdnr. 7 ff., § 275 Rdnr. 2 m.w.N.; vgl. auch § 7 unten.

2) JZ 1963, 493.

3) Brox-Rüthers, § 16 II 2, S. 260; vgl. auch oben § 5 I 2.

4) Anders aber Löwisch, DB 1962, 762 und Dohnau, S. 19 ff., die wegen § 278 BGB auf das arbeitskampfrechtliche Arbeitnehmerhandeln beim Streik abstellen; vgl. dazu im einzelnen § 6 II 3.

III. Aussperrung

1. Rechtswidrigkeit trotz rechtmäßiger Aussperrung

Die Rechtswidrigkeit der aussperrungsbedingten Leistungsstörung ergibt sich ebenfalls aus dem fehlenden Leistungserfolg, denn rechtswidrig ist das Nicht- oder Zustätteleisten selbst ¹⁾. Bei dieser Arbeitskampflage ist zwar - im Gegensatz zum Streik - der arbeitskampfrechtlich Handelnde mit dem Schuldner des Liefervertrages identisch, aber nach der hier vertretenen Lehre vom Erfolgsunrecht kommt es bei der Rechtswidrigkeit der Leistungsstörung auf das gleichzeitig vorliegende rechtmäßige Arbeitskampfverhalten des Zulieferers nicht an ²⁾.

2. Eventuelle Rechtfertigungsgründe

Wenn danach auch von der Rechtswidrigkeit der aussperrungsbedingten Leistungsstörung auszugehen ist, so kann doch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen die Rechtswidrigkeit ausnahmsweise beseitigen. Ob bei den hier zu behandelnden Sachverhalten Rechtfertigungsgründe ³⁾ gegeben sind, soll im folgenden untersucht werden.

a) Sozialadäquanz der Aussperrung

Daß die Sozialadäquanz der Aussperrung hier nicht als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt, wurde bereits ausführlich bei der Ablehnung der Lehre vom Handlungsunrecht dargelegt ⁴⁾.

1) So Esser, JZ 1963, 490; Brox-Rüthers, § 16 III 1, S.262 und oben § 5 I 2.

2) Diese Problematik entfällt bei der rechtswidrigen Aussperrung.

3) Die Rechtfertigungsgründe sind im Gesetz nicht abschließend geregelt, ihre Abgrenzung ist vielmehr der Rechtsprechung und Lehre überlassen; vgl. Protokolle Bd.II, S.578; Esser, § 54 5, S.192.

4) Vgl. oben § 5 I 2.

b) Arbeitgeber-Unternehmer-Solidarität

Als Rechtfertigungsgrund kann allenfalls die "Arbeitgeber-Unternehmer-Solidarität" in Betracht kommen, die an sich für ein gemeinsames Einstehen aller Arbeitgeber-Unternehmer - also auch der Abnehmer - für Arbeitskamppfolgen spricht. Brox-Rüthers¹⁾ führen in diesem Zusammenhang das Beispiel an, daß bei einem Schwerpunktkampf, in dem nur bestimmte Betriebe lahmgelegt werden, der kampfunteilnehmende Abnehmer B gegen den kampfteilnehmenden Zulieferer A desselben Tarifgebiets oder sogar derselben Verbandszugehörigkeit den Verzugschaden für den Lieferverzug geltend macht.

Gegen die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes "Arbeitgeber-Unternehmer-Solidarität" bestehen jedoch Bedenken. Die Solidarität kann als soziologisches Phänomen nicht schlechthin einen Rechtfertigungsgrund darstellen, sondern immer nur unter einem von der Rechtsordnung anerkannten rechtlichen Gesichtspunkt Bedeutung gewinnen²⁾. Dieser ist bei den vorliegenden Sachverhalten im Vereinsrecht der Arbeitgeberorganisation zu finden. In diesem Verbandsrecht sind folglich auch die Solidaritätsfragen zu regeln, wenn Zulieferer und kampfunteilnehmende Abnehmer demselben Tarifgebiet oder sogar demselben Verband angehören³⁾. Wegen der Verschiedenheit der Verbands- und der Unternehmer-sphäre und wegen der Vielfalt der einzelnen Unternehmerinteressen kommt aber eine Auswirkung der Solidarität als Rechtfertigungsgrund für die aussperrungsbedingten Leistungsstörungen nicht in Betracht. Andernfalls würde ein wesentlicher Teil des allgemeinen Kampfrisikos ohne gesetzlichen oder

1) § 16 III 2, Fußn.15, S.262.

2) Vgl. Kauffmann, DB 1966, 35.

3) So ausdrücklich Lauschke, DB 1966, 142.

vertraglichen Grund auf den kampfuntbeteiligten Abnehmer abgewälzt werden ¹⁾. Auch die Literatur ²⁾ lehnt die Solidarität als Rechtfertigungsgrund für Leistungsstörungen gegenüber dem solidarischen Partner ab.

c) Rechtfertigende Einwilligung

Eine rechtfertigende Einwilligung des Abnehmers in die aussperrungsbedingte Leistungsstörung kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil die Vertragsparteien gerade keine Freizeichnungsklausel für den Fall des Arbeitskampfes vereinbart haben ³⁾.

d) Übergesetzlicher Notstand

Dieser Rechtfertigungsgrund beruht auf dem allgemeinen Gesichtspunkt einer unvermeidlichen Pflichtenkollision, in der eine höherwertige Pflicht nur auf Kosten einer geringerwertigen befolgt werden kann ⁴⁾. Bei den hier behandelten Sachverhalten scheitert diese Rechtfertigungsmöglichkeit aber schon an der fehlenden Wertdifferenz zwischen Koalitionspflicht und Vertragspflicht ⁵⁾.

Auch sonstige Rechtfertigungsgründe stehen der Annahme der Rechtswidrigkeit der aussperrungsbedingten Leistungsstörung nicht entgegen.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, daß arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen vertragswidrig und damit rechtswidrig sind.

1) Brox-Rüthers, § 16 III 2, S.262

2) Brox-Rüthers, § 16 III 2, S.262; Hohn, S.16; F. Müller, S.90; vgl. auch Esser, JZ 1963, 493, der diese Frage aber in der Verschuldensebene prüft.

3) vgl. dazu oben, § 2 III.

4) Vgl. Fikentscher, § 52 III 3, S. 256 f.

5) So Esser, JZ 1963, 491; ebenfalls ablehnend, aber mit anderer Begründung Siebrecht, S.124.

§ 6

VERSCHULDEN

I. Allgemein

Die Feststellung objektiver Vertragswidrigkeit besagt jedoch noch nichts über die Frage, ob der Zulieferer dafür auch einstehen muß. Das ist erst der Fall, wenn er die Leistungsstörung verschuldet ¹⁾, d.h. Streik und Aussperrung als Umstände, auf denen die Leistungsstörung beruht, zu vertreten hat, §§ 280, 285, 325, 326 BGB. Bis auf wenige Ausnahmen geht das BGB bei der Leistung von Schadensersatz vom Verschuldensprinzip aus, d.h. der inneren Beziehung des Täters zu der Verletzungshandlung. Danach ist das Verschulden "ein Willensfehler des Handelnden, aufgrund dessen er von der Rechtsordnung für das von ihm begangene Unrecht verantwortlich gemacht wird" ²⁾. Eine Interessenabwägung danach, in wessen Sphäre das leistungsstörende Ereignis fällt, ist unserem Rechtssystem fremd. Daher ist eine Haftung für Leistungsstörungen allein aus der sozialen Sphäre der den Arbeitskampf führenden Partei unter Anwendung der im Arbeitsrecht für die Lohnfortzahlungsfrage entwickelten Betriebsrisikolehre i.V. mit der Sphärentheorie ³⁾ nicht möglich ⁴⁾⁵⁾. Daher ist nunmehr das Verschulden des Zulieferers A bei Streik und Aussperrung näher zu untersuchen. Grundsätzlich hat der Schuldner nach § 276 Abs.1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, soweit

1) Vgl. oben § 3.

2) Fikentscher, § 53 I, S.259.

3) Vgl. dazu RAG 3, 116; BAG AP Nr.2-5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Brox-Rüthers, § 17, S.267 ff.; Hueck-Nipperdey, Grundriß, § 22 IV, S. 76 ff.

4) Zur Anwendung der Sphärentheorie im Werkvertragsrecht vgl. Erman, JZ 1965, 659, und beim Gläubigerverzug Enneccerus-Lehmann, § 57 II 1 b, S.243.

5) So Hohn, S.18; Lauschke, DB 1966, 138; Löwisch, DB 1962, 761 f.; F. Müller, S.74.

nichts anderes bestimmt ist. Darüber hinaus hat der Schuldner für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) und bei Gattungsschulden auch für unverschuldetes Unvermögen (§ 279 BGB) einzustehen.

Etwas anderes würde allerdings gelten, wenn der Zulieferer wegen unverschuldeter Unmöglichkeit (§ 275 BGB) von seiner Leistungspflicht befreit würde. Das ist zunächst zu untersuchen.

II. Streik

1. Unverschuldete Unmöglichkeit (§ 275 BGB)

Selbst wenn es sich tatbestandsmäßig und der Rechtswidrigkeit nach um eine Leistungsstörung handelt, wird der Zulieferer gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht gegenüber seinem Abnehmer frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Letzteres ist nur der Fall, wenn man eine Verantwortung des Zulieferers für den Streik als den Umstand, auf dem die Leistungsstörung beruht, verneint. Eine solche Lösung versuchen Mayer-Maly - Nipperdey vom kollektiven Arbeitskampfrecht her zu gewinnen.

a) Ansicht von Mayer-Maly - Nipperdey

Auf Grund des von den Verfassern in ihrer gemeinsamen Schrift ¹⁾ entwickelten Risikoverteilungsprinzips in mittelbar von Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben und der Behandlung des Arbeitskampfes als "Eingriff von hoher Hand" gelangt Mayer-Maly ²⁾ in Fort-

1) Mayer-Maly - Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, 1965; vgl. jetzt auch Hueck-Nipperdey, Grundriß, § 68 II, S.284.

2) Mayer-Maly, Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf; ders., RdA 1965, 37; RdA 1965, 434; RdA 1965, 135.

führung dieser Lehre bei arbeitskampfbedingten ¹⁾ Leistungsstörungen zu dem Wegfall der beiderseitigen Leistungspflichten. Die rechtsdogmatische Bestätigung dafür will Mayer-Maly in den allgemeinen Grundsätzen der Risikenverteilung bei unverschuldeter Unmöglichkeit, §§ 275, 323 BGB, finden ²⁾. Zu dem Ergebnis gelangen Mayer-Maly - Nipperdey auf Grund einer Risikoanalyse im kampfuntbeteiligten Betrieb, die ihrer Ansicht nach zu einer klaren und überschaubaren Verteilung der Risiken rechtmäßiger Arbeitskämpfe führen müsse: nämlich das Lohnrisiko zu Lasten der Arbeitnehmer, das Risiko der wirtschaftlichen Verluste (einschließlich der Vertragshaftung gegenüber Arbeitnehmern und Zulieferern) und der Gefährdung des Unternehmensbestandes zu Lasten der Arbeitgeber ³⁾. Da sie zur Begründung ihres Prinzips alle im kampfuntbeteiligten Betrieb relevant werden den Risiken miteinbeziehen, unterscheiden sie auch nicht zwischen spezifisch arbeitsrechtlichen Fernwirkungen (= Frage nach der Lohnfortzahlung in kampfuntbeteiligten Betrieben, die wegen Arbeitskampfs im Zulieferer- oder Abnehmerbetrieb stillliegen) und bürgerlich- bzw. handelsrechtlichen Fernwirkungen, welche die Probleme unseres Themas ausmachen ⁴⁾. Sie stellen die zu erörternden Fragen insgesamt an der umfassenderen Problematik dar, "ob und unter welchen Voraussetzungen die Wirkungen eines Kampfgeschehens auch rechtlich über den Kreis der unmittelbar kampfuntbeteiligten hinausgreifen" ⁵⁾.

Das macht bei der Darstellung und Erörterung der Lehre von Mayer-Maly - Nipperdey ein kurzes Eingehen

-
- 1) Also ohne Unterschied für Streik u n d Aus-
sperrung.
 - 2) Mayer-Maly betont allerdings die Vorläufigkeit seiner These (S.9,10).
 - 3) Mayer-Maly - Nipperdey, S.12, 43.
 - 4) Vgl. Mayer-Maly, S.7 oben.
 - 5) Mayer-Maly - Nipperdey, S.34 oben.

auf die erwähnte, speziell arbeitsrechtliche Frage nach der Lohnfortzahlungspflicht bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen erforderlich. Die h.M.¹⁾ löst dieses Problem mit Hilfe der Lehre vom Betriebsrisiko i.V. mit der Sphärentheorie²⁾, wonach grundsätzlich der Arbeitgeber den vollen Lohn zu zahlen hat, wenn die Arbeit aus im Betrieb liegenden Gründen nicht mehr geleistet werden kann (z.B. mangels Rohstoffes oder Energie oder infolge Angriffsaussperrung im Kampfbetrieb). Ausnahmsweise entfällt aber der Lohnanspruch der Arbeitnehmer in diesen Fällen, wenn die Unmöglichkeit der Produktion auf ihr eigenes Verhalten zurückzuführen ist (z.B. beim Angriffsstreik im Kampfbetrieb) oder bei Gefährdung der Betriebsexistenz. Wenn die h.M. somit für den Fall von Streik und Aussperrung als Angriffsmittel zu vertretbaren Ergebnissen führt, so entstehen doch Schwierigkeiten beim Zusammentreffen beider Kampfmittel für die Beurteilung der Betriebsstörungen, die erst durch die Abwehraussperrung verursacht werden. Hier kommt es darauf an, ob man die Arbeitskämpffolgen auch im Drittbetrieb generell der Sphäre des Angreifers zu-rechnet³⁾ oder ob man sie, soweit sie schon durch den Streik verursacht wurden, der Arbeitnehmersphäre und soweit sie erst durch die Aussperrung entstanden sind, der Arbeitgebersphäre zuordnet⁴⁾. Unter Hinweis auf die Unsicherheiten dieser Lösungsmöglichkei-

1) RGZ 106, 272; RAG 3, 116; BAGE 3, 346 = AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko mit Anm. Hueck; BAG AP Nr. 3, 4, 15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vgl. auch die Gesamtdarstellungen bei Hueck-Nipperdey I, § 44 IV 3, S. 347 ff.; Jorns, Das Betriebsrisiko; Nikisch I, § 42 II, S. 605 ff.; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 615 Rdnr. 22 ff.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 Rdnr. 49 ff.; Staudinger-Weber, § 242 C Rdnr. 48 ff.

2) Auf die Begründung der Betriebsrisikolehre kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu die vorhergehende Fußnote.

3) Siebrecht, S. 120; wohl auch Kaufmann, DB 1957, 847.

4) Eisenstein, S. 80; Müller, DB 1957, 718; Brox-Rüthers, § 17 III 2 b.

ten hat erstmals Löwisch ¹⁾ unter Berufung auf den Grundsatz der Kampfparität (=Waffengleichheit) eine klare Verteilung des Arbeitskampftrisikos vorgenommen. Danach sollen bei allen arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen das Lohnrisiko die Arbeitnehmer, das Produktions- und Umsatzrisiko die Arbeitgeber tragen ²⁾.

Daran knüpfen die Gedankengänge von Mayer-Maly - Nipperdey an, die für die von ihnen behandelte Problematik zu dem gleichen Ergebnis gelangen und sich folgendermaßen skizzieren lassen:

Ausgangspunkt ihres Lösungsvorschlags ist die Rechtmäßigkeit des Verhaltens im sozialadäquaten Arbeitskampf und der in Artikel 6 der Europäischen Sozialcharta vom 18.10.1961 ³⁾ enthaltene Gedanke, daß derjenige, der von den Mitteln des Arbeitskamps sozialadäquat Gebrauch mache, eine ihm in der geltenden Wirtschafts- und Sozialordnung zugeteilte Funktion ausfülle ⁴⁾. Durch den Verzicht unserer marktwirtschaftlichen Ordnung auf eine umfassende Zwangsschlichtung gewinne diese Stellung des Arbeitskampfes juristische Relevanz. Es wäre daher falsch, die Rechtmäßigkeit des sozialadäquaten Arbeitskamps auf den kampfbeteiligten Betrieb zu beschränken. Vielmehr müsse das "bipolare Sozialmodell" ⁵⁾ des Arbeitskamps,

1) DB 1963, 799; vgl. auch Gift, RdA 1960, 172.

2) Das gilt für Abwehr- und Angriffsaussperrungen.

3) BGBl.1964 II S.1262 ff. mit Zustimmungsgesetz vom 19.9.1964, BGBl, a.a.O., S.1261; vgl. auch Knopp, RdA 1965, 4 (6 f.).

4) Mayer-Maly - Nipperdey, S.9,30 f., 37 ff.; so schon Löwisch, DB 1962, 762.

5) Unter "Sozialmodell" versteht Mayer-Maly, S.1, die "typisierende Voraussetzung", die sich die Rechtsordnung von den zu gestaltenden Lebensphänomenen macht, ehe Normen geprägt werden können. Für die Bezeichnung "Sozialmodell" bezieht sich Mayer-Maly, a.a.O., Fußn.1, auf Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 4 ff. Das Sozialmodell des Arbeitskamps ist nach Mayer-Maly, S.1, "bipolar", weil "der Arbeitskampf primär als Geschehen zwischen selbst Angreifenden und selbst Angegriffenen" erscheint.

das sich primär auf das Geschehen zwischen den selbst Angreifenden und den selbst Angegriffenen, also auf die Kampfbeteiligten, beziehe, in Frage gestellt werden. In der heutigen arbeitsteiligen Wirtschaft wirke sich der Arbeitskampf nicht nur auf die Kampfbetriebe aus, sondern sei von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung. Streik und Aussperrung hätten typischerweise Auswirkungen auf andere Betriebe. Kampfbeteiligte und kampfunbeteiligte Unternehmen seien deshalb hinsichtlich der Arbeitskampfwirkungen gleichzustellen.

Schon aus dem Grunde und im Hinblick auf die in § 84 AVAVG enthaltenen Wertungen sei der Begriff des Betriebsrisikos ein verfehelter Ansatz, weil Arbeitskampfwirkungen als wesentlich auf überbetrieblicher Ebene eingreifende Faktoren nicht von einem betriebsbezogenen Rechtsinstitut erfaßt werden könnten ¹⁾. Bei der Beurteilung der Fernwirkung von Arbeitskämpfen müsse aber die kollektivrechtliche Legitimation des Handelns im Arbeitskampf berücksichtigt werden. Wegen der aufgezeigten Stellung des Arbeitskampfes im Wirtschaftsverfassungsrecht könne es auf ein Verschulden am Ausbruch oder der Ausweitung eines Arbeitskamps nicht ankommen. Auch auf die Unterscheidung von Angriffs- und Abwehrmitteln dürfe bei der Verteilung des Lohnrisikos und des Haftungsrisikos aus dem Liefervertrag nicht abgestellt werden.

Daß die mit der Hinnahme sozialadäquater Arbeitskämpfe untrennbar verbundenen Risiken möglichst gleichmäßig zu verteilen seien, ergebe sich aus dem Prinzip der Kampfparität ²⁾. Bei den "realen Risiken" des Arbeitskampfes gehe es nicht nur um das Lohnrisiko auf der Arbeitnehmerseite und die unmittelbaren Folgen

1) S.29; vgl. jetzt auch Wiedemann, S.90.

2) Vgl. BAGE 1, 291 (308 ff.); Hueck-Nipperdey II, § 47 B I 6, S.618 f.
Diesen Gesichtspunkt zieht auch das BAG in AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko zur Beurteilung der Frage des Lohnrisikos im Falle der Aussperrung heran.

des Produktionsstillstandes (z.B. Einkommensverlust, andauernde fixe Kosten) auf der Arbeitgeberseite. In die Arbeitgeberrisiken seien vielmehr auch die Gefahren eines Verlustes von Absatz- und sonstigen Marktchancen sowie die Gefahr der hier zu erörternden Vertragshaftung gegenüber Arbeitnehmern einzubeziehen. Diese "Risikobündel" der Arbeitgeberseite im Drittbetrieb seien bei Streik und Aussperrung gleich und entsprächen völlig denen kampfeteiligter Unternehmen. Daher lasse es sich mit dem Grundsatz der Kampfparität nicht vereinbaren, daß bei Aussperrung anders über die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer im kampfuntbeteiligten Betrieben entschieden werde als bei Streik und somit anders als in den kampfbetroffenen Unternehmen. Deshalb erfordere auch die Kampfparität die von ihnen entwickelte Lösung.

Die materielle Gerechtigkeit ihres Risikoverteilungsprinzips - Lohnrisiko zu Lasten der Arbeitnehmer und das Risiko der wirtschaftlichen Verluste und der Gefährdung des Unternehmensbestandes zu Lasten der Arbeitgeber - sehen Mayer-Maly - Nipperdey schließlich darin bestätigt, daß es im Grunde den Wertvorstellungen entspreche, die der Regelung der unverschuldeten Unmöglichkeit zugrundeliegen, §§ 275, 323 BGB ¹⁾.

Dabei sei der Arbeitskampf weder wie ein unbeherrschbares Naturereignis noch wie eine beherrschbare Störung der Leistungsbeziehungen anzusehen, sondern als ein von der Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung zur Vermeidung der Zwangsschlichtung in Kauf genommener Einbruch in das Rechtsleben. Da sich der Arbeitskampf auf den Staat zurückführen lasse - bei Tarifvertragsabschluß agierten die Sozialpartner als "beliehene Verbände" - sei der Arbeitskampf eher der Enteignung verwandt als der höheren Gewalt. Er müsse also in den Kreis der "Eingriffe von hoher Hand" einbezogen werden, wie die Versagung einer zur Leistung des Schuldners erforderlichen Genehmigung oder die

1) Mayer-Maly - Nipperdey, S.40 f.; Mayer-Maly, S.7 ff.

öffentlichrechtliche Beschlagnahme. Denn das Arbeitskampfrecht sei ein "typisches Beispiel der sozialstaatsgemäßen Gestaltung des Selbstverwaltungsrechts der arbeitsrechtlichen Sozialgemeinschaften" ¹⁾. Diese Qualifikation des Arbeitskampfes als "Eingriff von hoher Hand" führe dann bei der Lohnfortzahlungsfrage und bei dem Problem der Lieferantenhaftung ohne weiteres zu den Rechtsfolgen nicht zu vertretender Unmöglichkeit bzw. nicht zu vertretenden Unvermögen, §§ 275, 323 BGB.

b) Stellungnahme

Die von Mayer-Maly und Nipperdey vertretene Auffassung mag zwar wegen ihrer klaren und einheitlichen Risikoverteilung die Praktikabilität auf ihrer Seite haben und auf den ersten Blick bestechend erscheinen ²⁾. Aber bei näherem Hinsehen tauchen sowohl hinsichtlich der Begründung dieses Risikoverteilungsprinzips als auch bezüglich der Folgerungen für die hier zu erörternde Leistungsstörungsproblematik erhebliche Zweifel auf. Da die Autoren ihr Risikoverteilungsprinzip in erster Linie an der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlungsfrage entwickeln, muß zunächst dazu Stellung genommen werden.

Bedenken ergeben sich hier schon gegen den Ausgangspunkt ihrer Lehre, den überbetrieblichen Arbeitskampfbegriff, dessen Anwendung zu der praktischen Konsequenz führt, daß die Problematik vom Individualrecht des Einzelarbeitsvertrages in den kollektivrechtlichen Bereich verlagert wird. Ballerstedt ³⁾ bemerkt zu Recht, daß dies eine ähnliche Wendung bedeuten würde wie der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 ⁴⁾ für das Verhältnis von Arbeitskampf und Vertragspflicht. Dieser Beschluß geht von dem Grundsatz

1) So das bei Mayer-Maly, S.8, angeführte Zitat von Reuss-Jantz, S.14.

2) Vgl. Ballerstedt, AuR 1966, 226.

3) AuR 1966, 227.

4) BAGE 1,291 = AP Nr.1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

aus, daß die Arbeitsniederlegung der Arbeitnehmer beim Streik nicht als Individualhandeln, sondern als Kollektivhandeln zu bewerten ist, da der Einzelhandlung des Arbeitnehmers insoweit keine selbständige Bedeutung zukommt.

Zwar besteht bei arbeitskampfbedingten Risikofällen insofern die Besonderheit, daß sie sich nicht ausschließlich auf dem Boden des einzelnen Arbeitsvertrages lösen lassen ¹⁾. So geschieht auch die Zurechnung des Betriebsrisikos mittels der Sphärentheorie nach kollektivrechtlichen Gesichtspunkten, indem auf die Arbeitnehmer- oder Arbeitgebersphäre abgestellt wird. Dieser kollektivrechtliche Einschlag erfordert jedoch - wie Ballerstedt nachgewiesen hat ²⁾ - keine Beurteilung der Arbeitskampffolgen nach den Maßstäben kollektivrechtlicher Legitimation des Handelns im Arbeitskampf ³⁾, zumal die Betriebsrisikolehre i.V. mit der Sphärentheorie auch bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen zu angemessenen Ergebnissen führt. Wertungsgesichtspunkte der Sphärentheorie für die Zurechnung des Lohnrisikos bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen sind die allgemeine Interessengemeinschaft und die Kampfhandlung, mit welcher der Arbeitskampf begonnen wurde. Bei Fernwirkung eines Streiks auf den kampfunteteiligten Betrieb sprechen beide Gesichtspunkte gegen die Arbeitnehmer. Sie sind also "näher dran" das Lohnrisiko zu tragen, zumal der Arbeitgeber sonst für eine von den Arbeitnehmern verursachte Betriebsstörung mit einem doppelten Nachteil belastet würde: Produktionsausfall (mit allen wirtschaftlichen Folgen) trotz weiterlaufender Lohnkosten. Im Fall der Aussperrung (Angriffsaussperrung und Abwehraussperrung bezüglich der nicht streikenden Arbeitnehmer) fehlt es an dem nach der Sphärentheorie erforderlichen Zurechnungsgesichtspunkt der den Arbeits-

1) Vgl. Ballerstedt, AuR 1966, 230, insbes. Fußn. 31.

2) AuR 1966, 230 ff.

3) So aber auch Löwisch, DB 1963, 899 f. und RdA 1967, 45 ff.

kampf beginnenden Kampfhandlung der Arbeitnehmer. Somit verbleibt es zu Recht bei dem Grundsatz der Betriebsrisikolehre, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat.

Die Anwendung der Sphärentheorie kann auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß die Stellung des Arbeitskampfes als betrieblich nicht isolierbares, gesamtwirtschaftliches Geschehen eine Unterscheidung in kampfeteiligte und kampfunteteiligte Betriebe mit unterschiedlicher Zurechnung der Wirkungen eines Kampfmittels unserer Wirtschaftsverfassung nicht gerecht werde ¹⁾. Derartige Schlüsse aus dem Wirtschaftsverfassungsrecht sind nicht ohne weiteres überzeugend. Wie Steindorff richtig erkannt hat ²⁾, wäre die allgemeine Berufung auf das Wirtschafts- oder Wirtschaftsverfassungsrecht zur Beurteilung arbeitsrechtlicher Sachverhalte nur dann angängig, wenn das Wirtschafts- bzw. Wirtschaftsverfassungsrecht so von einem Prinzip beherrscht würde, daß die Verweisung auf dieses Rechtsgebiet einen eindeutigen Maßstab einschließt. Das ist aber nicht der Fall, weil das Wirtschaftsverfassungsrecht mit seinen verschiedenen Marktformen und seinen einzelnen Erscheinungen wie des Eigentums, der Wettbewerbs- und der Vertragsfreiheit ein ebenso komplexes Gebilde wie andere Teile der Rechtsordnung darstellt ³⁾. Daher eignet sich die einfache Verweisung auf dieses Rechtsgebiet oder die es tragenden Grundsätze nicht zur Begründung einer Rechtsfolge. Auch einzelne Prinzipien des Wirtschaftsrechts sind für das Arbeitsrecht nicht brauchbar zu machen, da sich die beiden Rechtsgebiete in mehrfacher Weise voneinander unterscheiden ⁴⁾. Die arbeitsrechtliche Regelung ist den tatsächlichen Verhältnissen gegenüber wesentlich gleichgültiger als das Wirtschaftsrecht. So weist

1) So Mayer-Maly - Nipperdey, S.37, 38.

2) RdA 1965, 253 ff.; vgl. auch Richardi, RdA 1966, 241 ff.

3) Steindorff, RdA 1965, 254 f.

4) Vgl. schon oben, § 5 I.

Steindorff ¹⁾ darauf hin, daß wir z.B. im Arbeitsrecht anstelle der faktischen oft nur eine formale Gleichstellung der Kollektivparteien finden, indem ihnen gleiche Rechte - Aussperrung als Gegenstück zum Streik - zugesprochen werden. Zudem geht das Arbeitsrecht auch heute noch von dem Bestreben aus, die tatsächliche Unterlegenheit der Arbeitnehmer auszugleichen und hat es im Gegensatz zum Wirtschaftsrecht nur mit zwei Parteien oder Mächten zu tun, deren Kräfte im Sinne der Waffengleichheit zu ordnen sind. Bei diesen Eigenarten scheidet das Wirtschafts- und Wirtschaftsverfassungsrecht als Rechtsquelle für arbeitsrechtliche Fragen, wie z.B. die arbeitsrechtlichen Fernwirkungen auf kampfunteteiligte Betriebe, aus. Auch aus § 84 AVAVG können Mayer-Maly - Nipperdey nichts für ihr Risikoverteilungsprinzip herleiten, da dort nur die arbeitskampfpolitische Neutralität der Bundesanstalt gesichert ist, und schon deshalb nichts zu arbeitskampfrechtlichen Folgen ausgesagt worden ist ²⁾.

Aus allem ergibt sich, daß die Ablehnung der Betriebsrisikolehre mit den von Mayer-Maly - Nipperdey vorgebrachten Argumenten nicht schlüssig ist. Damit entfällt schon die zwingende Notwendigkeit und Berechtigung eines neuen Risikoverteilungsprinzips.

Aber auch das Prinzip der Waffengleichheit oder Kampfparität kann nicht als "rechtsdogmatische Basis" ³⁾ für die Lösung von Mayer-Maly - Nipperdey angesehen werden. Dieses Prinzip folgt aus der Anerkennung des Arbeitskampfes als einer kollektivrechtlichen Erscheinung, aus der Neutralität des Staates gegenüber den Auseinandersetzungen der Sozialpartner und aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG. Der Grundsatz der Waffengleichheit enthält

1) RdA 1965, 257.

2) Vgl. ausführlich Ballerstedt, AuR 1966, 233 f.; s.a. Brox-Rüthers, § 1 III 2, S.27 f.

3) So Mayer-Maly - Nipperdey, S.38.

insoweit das Verbot an Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, die Kampfmittel der Sozialpartner ungleichmäßig zu behandeln ¹⁾. In konsequenter Anwendung ihres überbetrieblichen Arbeitskampfbegriffs wollen Mayer-Maly - Nipperdey den Grundsatz der Waffengleichheit nicht nur auf den kampfbeteiligten, sondern auch auf den kampfunteiligten Betrieb angewandt wissen, weil sich die "Risikenbündel" beider Betriebe vollauf entsprächen.

Einer solchen Übertragung der Waffengleichheit ist aber entgegenzuhalten, daß in dem Drittbetrieb gerade nicht gekämpft und die Frage der eigenen Waffengleichheit im Zusammenhang mit dem Arbeitskampf im Zulieferer-Betrieb gar nicht relevant wird. Das Erfordernis der Gleichbehandlung der Kampfmittel gilt im Drittbetrieb nur bezüglich der e i g e n e n Kampfmittel und im Falle eines Arbeitskampfes im eigenen Betrieb. Eine Berechtigung für die Anwendung des Prinzips der Waffengleichheit zur Lösung ganz anderer Fragen - wie hier bei der Fernwirkung von Arbeitskämpfen - ist nicht ersichtlich.

Darüber hinaus kann die Argumentation von Mayer-Maly - Nipperdey aber auch so verstanden werden, daß umgekehrt die Waffengleichheit im kampfbeteiligten Betrieb durch die Fernwirkungen des Arbeitskampfes auf Drittbetriebe zuungunsten des Arbeitgebers beeinträchtigt sei: denn Waffengleichheit sei nur gegeben bei Gleichheit des Kampf e n t s c h l u s s e s ²⁾ bezüglich aller sich realisierenden Risiken, sowohl derjenigen des kampfbeteiligten als auch derjenigen des kampfunteiligten Betriebes ³⁾. Die Gewerkschaft

1) H.M.: BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf= BAGE 1, 291 (308,311); Bötticher, S.5; Bulla, Nipperdey-Festschrift 1955, S.164; Hueck-Nipperdey, Grundriß § 67 III, S.273 f.; Hueck-Nipperdey II, § 47 B III 6, S.619; Nipperdey, DB 1963, 1613 f.; Nikisch II, § 63 III 2, S.109; Löwisch, DB 1963, 900 f.; Richardi, RdA 1966, 247 ff.; Steindorff, RdA 1965, 256 ff.; Vgl. neuestens Bartholomeyczik, AcP 166, 30,64 ff.; a.A. vgl. Zusammenstellung bei Richardi, RdA 1966, 248 Fußn. 91.
Fortsetzung nächste Seite

treffe - nach dieser Argumentation von Mayer-Maly - Nipperdey - im Streikfall das Unterstützungsrisiko der Arbeitnehmer. Auf der Arbeitgeberseite trete aber nach der Betriebsrisikolehre beim Aussperrungsbeschluß zu dem Produktions- und Marktrisiko noch das Lohnrisiko der Arbeitnehmer im kampfunbeteiligten Betrieb hinzu. Die Arbeitgeber hätten folglich ein doppeltes Risiko zu tragen. Wegen der Waffengleichheit von Streik und Aussperrung seien die Arbeitgeber von diesem zusätzlichen Risiko zu befreien.

Wie Ballerstedt ¹⁾ zutreffend darlegt, können die Verfasser zu diesem Ergebnis aber nur mit Hilfe der Unterstellung gelangen, daß der Kampf unbeteiligter Abnehmer die im Aussperrungsfall unproduktiv aufgewandten Lohnkosten auf den kampfbeteiligten Zulieferer abwälzen kann, z.B. auf Grund eines Schadensersatzanspruchs aus aussperrungsbedingter Leistungsstörung des Liefervertrages ²⁾. An dieser Stelle überschneiden sich bei Mayer-Maly - Nipperdey die arbeitsrechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Fernwirkungen von Arbeitskämpfen, was infolge der Unterstellung zu einem Widerspruch in ihrer Lehre führt. Bei Bejahung des erwähnten Schadensersatzanspruchs könnte es tatsächlich im Einzelfall zu einer Beeinträchtigung der Waffengleichheit kommen, da der Arbeitgeber jetzt zusätzlich das Lohnrisiko der Arbeitnehmer im kampfunbeteiligten Betrieb zu tragen hätte. Diese Beeinträchtigung unterstellen Mayer-Maly - Nipperdey zunächst, ohne die Frage im einzelnen bei ihrer Risikoanalyse zu untersuchen. Auf Grund ihrer Qualifikation des Arbeitskampfs als "Eingriff von hoher Hand" kommt insbesondere Mayer-Maly ³⁾ dann aber gerade zu dem

2) Vgl. dazu auch BAGE 1,291 (311) in anderem Zusammenhang.

3) So auch Ballerstedt, AuR 1966, 234; vgl. auch Neugebauer, S.5.

1) AuR 1966, 234.

2) Vgl. dazu Ballerstedt, AuR 1966, 234; Löwisch, RdA 1967, 48 Fußn. 25.

3) S. 8 ff.

gegenteiligen Ergebnis, daß die beiderseitigen Leistungspflichten nach den §§ 275, 323 BGB wegfallen. Damit würde jedoch zugleich die von Mayer-Maly - Nipperdey beanstandete doppelte Belastung der Arbeitgeber und die Beeinträchtigung der Waffengleichheit entfallen. Diese Inkonsequenz ihrer Lehre müssen sich Mayer-Maly - Nipperdey auch deswegen zuschreiben, weil sie ihre Risikoanalyse zu pauschal und allgemein halten, ohne sie auf konkrete Einzelfälle zu beziehen. An dem aufgezeigten Widerspruch wird zudem deutlich, daß zwischen den arbeitsrechtlichen und den bürgerlich-rechtlichen Fernwirkungen von Arbeitskämpfen zwar Beziehungen bestehen, die Lösung dieser unterschiedlichen Fragen jedoch nicht voneinander abhängig gemacht und nach ausschließlich kollektivrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden kann. Insoweit muß der Doppelstellung Arbeitgeber - Unternehmer Rechnung getragen werden, die sich tatsächlich und rechtlich nicht vereinheitlichen läßt.

Aber selbst wenn man die Haftung des Zulieferers bei aussperrungsbedingten Leistungsstörungen bejaht, braucht das nicht notwendig zu einer Beeinträchtigung der Waffengleichheit zu führen. So weist Ballerstedt¹⁾ mit Recht auf die Dispositionsmöglichkeit des kämpfenden Arbeitgebers bezüglich der Gestaltung seiner Lieferverträge²⁾ und andere Vorsorgemöglichkeiten hin. Die Kampfparität ist auch nicht deshalb beeinträchtigt, weil den mittelbar betroffenen Unternehmen ggf. Zahlungen aus Unterstützungskassen der Arbeitgeberverbände gewährt werden, denn die Einrichtung solcher Kassen ist bisher noch nicht die Regel³⁾. Auch ist noch nicht abschließend geklärt, ob und welche Bedeutung die Existenz solcher Kassen, auf deren Inanspruchnahme doch regelmäßig kein Rechtsanspruch besteht, für

1) AuR 1966, 234.

2) Vgl. die Möglichkeit der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln, §§ 10, 11.

3) So Ballerstedt, AuR 1966, 234; Löwisch, RdA 1967, 48 Fußn. 26 (anders noch in DB 1963, 900).

die Frage der Waffengleichheit hat ¹⁾. In dem eventuellen Ausbleiben der Beiträge der kampfuntbeteiligten Unternehmen in diese Kassen kann aus den gleichen Gründen noch keine Verschiebung des Gleichgewichts der Kampfmittel erblickt werden.

Schließlich ist festzustellen, daß die von Mayer-Maly - Nipperdey angestrebte Risikoverteilung nicht auf die Wertungen der §§ 275, 323 BGB zurückgeführt werden kann ²⁾. Der Arbeitskampf läßt sich nicht als "Eingriff von hoher Hand" qualifizieren ³⁾. Insbesondere kann eine Verwandtschaft des Arbeitskampfes mit der Enteignung - von der Fragwürdigkeit der juristischen Relevanz einer solchen Beziehung ganz abgesehen - nicht mit der Parallele zwischen Arbeitskampf und Verwaltungshandeln begründet werden. Bei einem Vergleich des Arbeitskampfes mit der öffentlich-rechtlichen Beschlagnahme oder der Ver-sagung einer zur Leistung des Schuldners erforderlichen Genehmigung, den Mayer-Maly anstellt ⁴⁾, kommt man eher zu dem gegenteiligen Ergebnis. Denn nach allgemeiner Ansicht ⁵⁾ führen diese Eingriffe dann nicht zum Freiwerden nach § 275 BGB, wenn der Schuldner bei Vertragsschluß wußte, daß diese Maßnahmen ergehen, oder auch nur fahrlässig nicht damit gerechnet hat ⁶⁾. Arbeitskämpfe gehören aber heute zu den selbstverständlichen Möglichkeiten unseres Wirtschaftslebens, mit deren Risiken der Zulieferer rechnen muß ⁷⁾. Schon deshalb scheidet

-
- 1) Vgl. dazu auch Verband Württ.-Badischer Metall-industrieller, Der Arbeitskampf 1963, S.20.
 - 2) Mayer-Maly - Nipperdey, S.37; Mayer-Maly, S.7 f.
 - 3) So auch Lauschke, DB 1966,137; zweifelnd auch Löwisch, RdA 1967,47.
 - 4) S.8.
 - 5) Erman, § 275 Anm.3; Palandt-Danckelmann, § 275 Anm.6,7; RGRK-Nastelski, § 275 Anm.34; Soergel-Siebert-R.Schmidt, § 275 Rdnr.4,5.
 - 6) So insbesondere RGRK-Nastelski, § 275 Anm.34; vgl. auch Löwisch, DB 1962, 762 Fußn.13.
 - 7) Vgl. RGZ 22, 220 (223); BAGE 1, 291; Brox-Rüthers, § 16 II 1, S.260; Löwisch, DB 1962, 762; RGRK-HGB-v.Godin, § 347 Anm.9; vgl. auch Esser, § 56,5, S.203.

eine Anwendung der §§ 275, 323 BGB aus. Eine Risiko-
verteilung nach diesen Vorschriften ist über-
haupt nur dann möglich, wenn ein echtes Risiko be-
steht; denn unter Risiko ist nur die Gefahr solcher
Störungen zu verstehen, die zufällig, d.h. ohne
schuldhaftes Verhalten eines Vertragspartners auf
den Vertrag einwirken ¹⁾. Das ist aber bei Streik
und Aussperrung nicht der Fall, da sie nicht unab-
hängig vom Willen des Zulieferers eintreten. So
kann er z.B. wegen seiner Vertragsbeziehungen zu
dem Abnehmer den Streikforderungen der Arbeitnehmer
nachgeben oder eine Aussperrung unterlassen ²⁾.
Streik und Aussperrung stellen somit keine Gefahr
i.S. der §§ 275, 323 BGB dar, weil sie nicht zwangs-
notwendig oder kraft höherer Gewalt ³⁾, sondern auf
Grund des eigenen Verhaltens des Zulieferer-Arbeit-
gebers eintreten.

Alle angeführten Gesichtspunkte ergeben, daß eine
generelle Haftungsbefreiung des Zulieferers gegen-
über seinem Abnehmer weder aus dem kollektiven Ar-
beitskampfrecht hergeleitet noch auf die Anwendung
der §§ 275, 323 BGB gestützt werden kann. Somit
kommt es doch auf die Frage des Verschuldens des
Zulieferers oder seiner Arbeitnehmer im Hinblick auf
den Arbeitskampf an.

2. Haftung für eigenes Verschulden (§ 276 BGB)

Für die streikbedingte Leistungsstörung, die objek-
tiv vertragswidrig ist, braucht der Zulieferer-
Schuldner nur einzustehen, wenn er sie vorsätzlich
oder fahrlässig verursacht hat, § 276 Abs.1 BGB.
Mag auch der Streik als Ursache der Leistungsstörung
von der Arbeitnehmerseite ausgehen und letztlich

1) Ballerstedt, AuR 1966, 229 f.

2) Vgl. dazu noch ausführlich § 6 II 2, III.

3) Das lehnt selbst Mayer-Maly ab, S.8; vgl.
dazu noch § 11 I unten.

Arbeitnehmerhandeln darstellen, so ist es doch nicht richtig, bei der Verschuldensfrage lediglich auf den Arbeitnehmer abzustellen und zu untersuchen, ob der Zulieferer für ein Verschulden seiner Arbeitnehmer im Rahmen des § 278 BGB zu haften hat ¹⁾. Neben dem Arbeitnehmerhandeln kann nämlich auch ein Tun oder Unterlassen des Arbeitgebers in bezug auf den Ausbruch oder die Beendigung des Streiks und in bezug auf die Vorsorge für den Fall eines Streiks als Anknüpfungspunkt für ein **e i g e n e s** Verschulden in Betracht kommen ²⁾. Auszuscheiden haben hier nur die Arten des Streiks, die auf jeden Fall, d.h. ohne sein Tun oder Unterlassen, ausgebrochen wären, wie der Generalstreik ³⁾. Die Fälle arbeitgebereigenen Verschuldens werden in der Literatur zu unserem Thema unter den Stichworten "Streikverschulden" und "Vorsorgeverschulden" behandelt, worauf nun im einzelnen einzugehen ist.

a) Streikverschulden

Die schuldhafte Verursachung des Streiks durch den Zulieferer-Arbeitgeber kann sich aus positivem Tun oder Unterlassen ergeben.

Wenn der Unternehmer vorsätzlich oder fahrlässig durch unsachliches oder nicht zu billigendes Verhalten den Streik seiner Arbeitgeber veranlaßt, ist sein Verschulden am Ausbruch des Streiks und damit sein Verschulden in bezug auf die streikbedingte Leistungsstörung zu bejahen ⁴⁾. Das ist der Fall, wenn der Arbeitgeber durch rechts- oder vertragswidriges Verhalten gegenüber der Belegschaft den Streik geradezu provoziert, z.B. durch Entlassung

1) So aber Dohnau, S.10.

2) Hohn, S.9; F. Müller, S.79 f.

3) F. Müller, S.80

4) So Brox-Rüthers, § 16 II 2, S.260; Dohnau, S. 41 f.; Lehmann, S.17 ff.; Lorenz, S.23 ff.; Pfister, S.65 ff.; Siebrecht, S.123 f.; Simmer, S.18 ff.; Völckers, S.18.

von Arbeitnehmern unter Verstoß gegen die Kündigungsvorschriften ¹⁾, oder wenn er bei einem drohenden Konkurs den Streik herbeiführt, um seine Kunden zu übervorteilen ²⁾. Diese Fälle werden zwar selten sein ³⁾, können aber nicht unberücksichtigt bleiben ⁴⁾.

Viel häufiger jedoch dürfte ein Unterlassen Gegenstand eines Schuldvorwurfs des Zulieferer-Arbeitgebers am Streikausbruch oder an der Streikdauer sein. Tatbestandsmäßig gleichwertig ist das Unterlassen dem positiven Tun nur, wenn der Arbeitgeber gegenüber seinem Geschäftspartner eine Pflicht zum Tätigwerden hat und dieses Tun ihm möglich und zumutbar ist ⁵⁾. Die Pflicht zum Tätigwerden ergibt sich als Nebenpflicht aus den Vertragsbeziehungen mit dem Abnehmer und geht allgemein dahin, den Eintritt aller den Vertrag störenden Umstände nach Kräften zu verhindern ⁶⁾. In unserem Zusammenhang konkretisiert sie sich zu einer Streikverhütungs- oder Streikbeendigungspflicht, je nach dem ob man sie auf die streikentschlossenen oder schon streikenden Arbeitnehmer bezieht. Die Möglichkeit der erfolgsabwendenden, d.h. streikverhütenden oder streikbeendenden Handlung bedarf keiner weiteren Erörterung, weil sie regelmäßig ohne weiteres bejaht werden kann. Wenn z.B. ein Streik um veränderte Lohnbedingungen droht, so ist es dem Arbeitgeber meistens möglich, durch Nachgeben der Streikforderungen den Streik und damit die Vertragsstörung zu ver-

1) Brox-Rüthers, § 16 II 2 u. Fußn. 5, S. 260, weisen zu Recht darauf hin, daß es für das Verschulden des Arbeitgebers gegenüber dem Vertragspartner nicht von Bedeutung ist, wenn der Streik um rechtlich erzwingbare Forderungen wegen des Vorranges des Rechtsweges rechtswidrig ist. Unrichtig insoweit Eisenstein, S. 92; Nikisch, § 42 II 3, S. 607; Mayer-Maly, S. 10; Lauschke, DB 1966, 142.

2) Pohle, S. 65.

3) Löwisch, AcP 165, 423.

4) So aber F. Müller, S. 79 ff.

5) Vgl. Fikentscher, § 103 III 1 b, S. 571 f.; F. Müller, S. 79 ff.; Siebrecht, S. 123 f.

6) Vgl. Erman-Sirp, § 241 Anm. 4, § 242 Anm. III 2 a; Larenz I, § 2 I, S. 6 ff.; F. Müller, S. 82.

hindern. Problematisch wird es aber bei der Frage der Zumutbarkeit, weil hier die Grenzen der Pflicht zur Streikvermeidung oder Streikbeendigung abzu- stecken sind.

Einig ist man sich in der Literatur noch bei den Fragen der Ausschöpfung der Verhandlungsmöglichkeit, die rein formell zu verstehen ist, und der Art der Verhandlungsführung als Anknüpfungspunkte für ein Streikverschulden des Arbeitgebers. So wird zu Recht angenommen ¹⁾, daß es dem Arbeitgeber zuzumuten ist, auf Verhandlungen über Wünsche der Gegenseite überhaupt einzugehen. Ein Streikverschulden des Arbeitgebers ist folglich zu bejahen, wenn die Ablehnung solcher Verhandlungen den Streik verursacht.

Bei Drohen eines rechtswidrigen Streiks hat der Zulieferer die zumutbare Möglichkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage - allerdings unter Berücksichtigung des Prozeßrisikos - und nach Ausbruch des Streiks einer Beseitigungsklage, § 1004 BGB. Die einstweilige Verfügung, §§ 935, 940 ZPO bietet ihm dabei vorläufigen Rechtsschutz ²⁾. Wegen seiner Lieferverpflichtungen gegenüber dem Abnehmer ist der Zulieferer aber auch gehalten, den Ausbruch eines rechtswidrigen Streiks zu verhindern, oder sein Bestehen zu beseitigen, wenn er dafür gegenüber seinen Vertragspartnern nicht eintreten will. Nicht zu folgen ist daher der Ansicht von Bobrowski-Gaul ³⁾, daß bei einem rechtswidrigen Streik dem Arbeitgeber kein eigenes Verschulden vorgeworfen werden kann.

1) So Brox-Rüthers, § 8 A II 5 a, S.142; Dohnau, S.45 f.; Mayer-Maly - Nipperdey, S.20; Noah, S.11; a.A. wohl F.Müller, S.80 ff., der diese Frage aber nicht ausdrücklich erörtert; vgl. auch Grober, S. 19.

2) Vgl. Brox-Rüthers, § 8 D VII, S.162; Hohn, S.23; a.A. Lauschke, DB 1966, 142.

3) H IV Rdnr.7 - Bobrowski-Gaul, a.a.O., gelangen aber über eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Schadensliquidation im Drittinteresse zu einem Schadensersatzanspruch des Abnehmers.

Schwieriger zu beantworten ist aber die Frage nach dem Maß des dem Unternehmer Zumutbaren in Bezug auf materielle Kampfziele. Konkret gilt es hier eine Entscheidung darüber zu treffen, ob es dem Zulieferer-Arbeitgeber angesichts seiner Verpflichtung aus dem Liefervertrag zumutbar ist, den Streik durch Nachgeben hinsichtlich der Arbeitnehmerforderungen zu verhüten oder zu beenden. Da das Problem im Schrifttum unterschiedlich beurteilt wird, soll zunächst der Meinungsstand dargestellt werden.

aa) Meinungsstand

Ein Teil der Literatur ¹⁾ bejaht diese Frage grundsätzlich, wenn es sich um berechnete und nicht unbillige Forderungen der Arbeitnehmer handelt, schränkt die Zumutbarkeit für den Arbeitgeber jedoch aus verschiedenen Gesichtspunkten wieder ein. Lorenz und Hohn stellen darauf ab, ob die Streikverhütungs- oder -beendigungspflicht das vom Schuldner nach Treu und Glauben im Rahmen seiner persönlichen und wirtschaftlichen Möglichkeiten zu fordernde Pflichtenmaß übersteigt. Esser bestimmt die Grenze der Verantwortung ähnlich wie die der überobligationsmäßigen Schwierigkeit ²⁾. Lauschke erwägt einen Vergleich der beim Vertragspartner zu erwartenden Schäden mit dem eigenen wirtschaftlichen Opfer. Brox-Rüthers ³⁾ fassen die Streikverhütungs- und -beendigungspflicht aus Gründen der Waffengleichheit als sehr eng auf und halten jedenfalls ein Eingehen auf solche Streikforderungen für nicht zumutbar, zu deren Erfüllung der Arbeitgeber rechtlich nicht verpflichtet ist.

Diese letzte Auffassung nähert sich schon der zweiten

1) Esser, JZ 1963, 491 ff.; Hohn, S.9 f.; Lorenz, S. 27 ff.; Neugebauer, S.38; Stein, S.36; A.Wolff, S.29 f.; wohl auch Siebrecht, S.123, Dohnau, S. 46 und Lauschke, DB 1966, 142 f., allerdings nur für den rechtswidrigen oder wilden Streik.

2) Vgl. oben, § 5 I 1 c.

3) § 16 II, S. 260, ohne ausdrücklich die Frage des Nachgebens auf Lohnforderungen zu erwähnen.

Ansicht ¹⁾, die ein Nachgebenkönnen im Arbeitskampf als Ansatz eines Schuldvorwurfs grundsätzlich ablehnt, mag es auch zumutbar, wirtschaftlich möglich oder sogar von der sozialen Gerechtigkeit gefordert sein. Solange in bezug auf die Lohnbemessung Vertragsfreiheit bestehe, und eine Bindung durch den Tarifvertrag nicht gegeben sei, sei es "das gute Recht des Arbeitgebers" ²⁾, neue Lohnforderungen abzulehnen, wie es das Recht der Arbeitnehmer sei, solche Forderungen zu stellen. Ob der Unternehmer die Streikforderung als berechtigt anerkennen wolle oder nicht, sei bei unserer Wirtschaftsordnung mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit Sache seines unternehmerischen Ermessens. Eine zumutbare Rechtspflicht zum Nachgeben bestehe auch im Hinblick auf die Beziehungen zu seinem Vertragspartner nicht. Ein subjektiver Schuldvorwurf könne daraus jedenfalls nicht hergeleitet werden.

bb) Stellungnahme

Die zuletzt angeführte Ansicht erweist sich als richtig. Folgte man der anderen Auffassung, so käme es im Rahmen der zivilgerichtlichen Schadensersatzprozesse wegen streikbedingter Leistungsstörungen unter dem Verschuldensgesichtspunkt des Arbeitgebers zu einer Entscheidung über die Lohngerechtigkeit, was nicht mit dem Grundsatz der Tarifautonomie vereinbar

-
- 1) Im Rahmen unseres Themas: ab-Yberg, S.92; Grober, S.18; Lehmann, S.21 ff.; Mayer-Maly, S.10; F. Müller, S.81 ff.; Pfister, S.67; Pohle, S.66; Simmer, S.21 f.; Stern, S.36. Im Rahmen der Betriebsrisikolehre bei einem Teilstreik oder einem betriebsfremden Streik, wo das gleiche Problem bei der Lohnzahlungsfrage auftaucht: RGZ 106,272 (276 f.); BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Hannover, AP 1954 Nr.28; Eisenstein, S.81 ff.; Hueck-Nipperdey I, § 44 3 b Fußn.123, S.353; Mayer-Maly - Nipperdey, S.20; Nikisch I, § 42 II 3, S.607; Soergel-Siebert-Wlotzke-Volze, § 615 BGB Rdnr.32; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 BGB Rdnr.68 a.E.
- 2) So schon RGZ 106, 272 (277).

wäre ¹⁾. So führt schon das RG ²⁾ in diesem Zusammenhang aus, daß es nicht Aufgabe der Gerichte sei, die Frage zu untersuchen, ob der Arbeitgeber in der Lage gewesen sei, eine Lohnerhöhung zu bewilligen. Ihre Entscheidung den Gerichten aufzubürden, müßte zu unmöglichen Ergebnissen der Rechtsprechung führen. Hohn ³⁾ weist auf die außerordentliche Schwierigkeit der jeweiligen Abgrenzung des zumutbaren Pflichtenmaßes hin, weil alle zu berücksichtigenden Umstände (wie die allgemeine Wirtschaftslage der Industriebranche, die finanzielle Situation des Betriebes, die Zugehörigkeit zu einem Arbeitgeberverband u.a.m.) kaum zu übersehen wären. Dieses erfährt keine Erleichterung durch die in § 282 BGB festgelegte Beweislastregel, die bei Beweisfälligkeit des Unternehmers eine sehr pauschale Haftungsregelung darstellen würde. Auch Esser ⁴⁾ beantwortet diese Abgrenzungsfrage der Zumutbarkeit nicht abschließend, sondern verweist auf eine nähere Untersuchung der Aufwendungen und Risiken im Einzelfall.

So scheidet aber zumindest für ein Verschulden des Arbeitgebers schon das Eingehen auf diejenigen Streikforderungen aus, zu deren Erfüllung er rechtlich nicht verpflichtet ist. Darunter fallen zunächst die Kampfziele, die auf dem Rechtsweg verfolgt werden können, wie z.B. die Entlassung eines mißliebigen Vorgesetzten. Darüber hinaus ist aber der Arbeitgeber gegenüber seinem Vertragspartner auch nicht **r e c h t l i c h** verpflichtet, zumutbaren Streikforderungen mit Rücksicht auf seine Vertragspflicht nachzugeben. Eine andere Betrachtungsweise würde der Doppelstellung

1) So auch in anderem Zusammenhang die h.M. bei der Bestimmung der Sozialadäquanz des Arbeitskampfes; vgl. Brox-Rüthers, § 8 A II 7 b gg, S.151; Bulla, Nipperdey-Festschrift Bd.II, S.100; Hueck-Nipperdey II, § 49 VII 5 b, S.652 f.

2) RGZ 106, 272 (277).

3) S. 10.

4) JZ 1963, 490.

Arbeitgeber - Unternehmer nicht gerecht werden ¹⁾. Wenn einerseits bei der Rechtswidrigkeitsfrage die Rechtskreise des Arbeitskampfrechts und des bürgerlichen Vertragsrechts zu ungunsten des Zulieferers voneinander getrennt werden ²⁾, so kann nicht andererseits zugunsten des Abnehmers das Streikverschulden des Zulieferers von einer Rücksichtnahme auf seine Verpflichtungen aus dem Liefervertrag abhängig gemacht werden. Die durch unsere Wirtschaftsordnung gewährte Möglichkeit der Tarifgestaltung durch Arbeitskämpfe ³⁾ und eine etwaige Pflicht des Arbeitgebers zum Nachgeben in diesen Kämpfen schließen sich gegenseitig aus. Ein Arbeitskampf mit einer Rechtspflicht zum Nachgeben ist begrifflich kein Kampf mehr, da diesem die wirtschaftliche Schädigung des Gegners eigen ist ⁴⁾. Das Kampfmittel des Arbeitgebers würde andernfalls ausgehöhlt und die Stellung des Arbeitskampfes in unserer Wirtschaftsordnung berührt.

Daher kommt die Möglichkeit eines Nachgebens gegenüber Streikforderungen als Ansatzpunkt für ein Streikverschulden des Zulieferers nicht in Betracht, ohne daß im Einzelfall zu entscheiden ist, ob ihm das Erfüllen der Arbeitnehmerforderungen zumutbar ist. Abgesehen von der schon oben erwähnten Schwierigkeit, die Zumutbarkeit gerichtlich zu bestimmen, ist es eine Erfahrungstatsache, daß selbst nach dem Scheitern der Tarifvertragsverhandlungen und etwaiger freiwilliger Schlichtungsverfahren die Berechtigung der Streikforderungen umstritten bleibt und gerade durch den Arbeitskampf - mit gesamtwirtschaftlicher Relevanz - festgestellt werden soll.

-
- 1) Diese Doppelstellung wird an allen wesentlichen Stellen der hier zu erörternden Problematik sichtbar.
2) S.o. § 5 I.
3) Vgl. dazu ausführlich F. Müller, S. 82 ff.
4) Vgl. Brox-Rüthers, § 1 A II a, S.24; Hueck-Nipperdey II, § 47 A I 2, S.607 f.; und oben, § 5 I 2.

An diesem Ergebnis hat auch die Bildung des neutralen Sachverständigenrats ¹⁾ nichts geändert, wie Brox-Rüthers ²⁾ nachweisen. Das Ergebnis des Gutachtens des Sachverständigenrates soll den Arbeitskämpfparteien nur eine unverbindliche Diskussionsgrundlage schaffen, zu deren Erfüllung der Arbeitgeber aber nicht verpflichtet ist.

b) Vorsorgeverschulden

Unter Vorsorgeverschulden wird in diesem Zusammenhang das Unterbleiben der Risiko-Kalkulation von Arbeitskämpfen des Zulieferer-Schuldners verstanden ³⁾. Es ist aber fraglich, ob von dem Zulieferer überhaupt gefordert werden kann, für den Fall eines Arbeitskampfes in geeigneter Weise Vorsorge zu treffen; denn nach §§ 275 ff. BGB muß er lediglich für den Streik als den die Unmöglichkeit oder den Verzug verursachenden Umstand eintreten. Ob ein solches Vorsorgeverschulden anzunehmen ist, wird daher im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

aa) Meinungsstand

Ein Teil der Literatur ⁴⁾ sieht den Grund für das Vorsorgeverschulden in der allgemeinen Pflicht, die mit einer Tätigkeit normalerweise verbundenen und vor-
aussehbaren Risiken in Rechnung zu stellen, d.h. für die Vorsorge zu treffen. Diese Pflicht konkretisiert sich für den Unternehmer darin, alle regelmäßigen Risiken seines Gewerbebetriebes, welche die Vertragserfüllung beeinträchtigen könnten, in seine Kalkulation miteinzubeziehen. Das sei zwar ein allgemeines

1) Vgl. Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung vom 14.8.1963, BGBI. I S. 685.

2) § 8 A II 7 b gg, S. 151; z.T. anders nur Bulla, Nipperdey-Festschrift, Bd. II, S. 100 f.

3) Vgl. Löwisch, DB 1962, 762.

4) Brox-Rüthers, § 16 II, S. 260; Esser, JZ 1963, 491 f.; Löwisch, DB 1962, 762 f.; Siebrecht, S. 124.

Prinzip, ergebe sich aber für den Kaufmann insbesondere aus § 347 Abs.1 HGB ¹⁾. Zu diesen Risiken gehöre heute auch der von der Rechtsordnung anerkannte rechtmäßige Arbeitskampf. Als Vorsorgemöglichkeiten werden u.a. eine über den laufenden Bedarf hinausgehende Lagerhaltung, der Abschluß von Versicherungen ²⁾ oder die Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln ³⁾ mit dem Abnehmer genannt. Der Umfang der sich jeweils aus dem Vertrage ergebenden Vorsorgepflicht sei jedoch nicht unbegrenzt; es gelte vielmehr insoweit der Zumutbarkeitsgedanke des § 242 BGB. Von einer Gegenmeinung ⁴⁾ wird die Berücksichtigung des Vorsorgeverschuldens unter Hinweis auf die Legaltatbestände der §§ 275 ff. BGB abgelehnt. Das Gesetz stelle dabei nur darauf ab, ob der Schuldner den die Unmöglichkeit oder den Verzug verursachenden Umstand zu vertreten habe. Alle weiteren Verpflichtungen - wie die Vorsorgepflicht - müßten erst aus § 242 BGB abgeleitet werden. Der Rückgriff auf diese Vorschrift sei aber nur dem Einzelfall vorbehalten; insbesondere dürften aus ihr keine neuen Maximen hergeleitet werden. Zudem bestehe keine allgemeine Regel, daß Arbeitskämpfe heute zum selbstverständlichen Risiko jedes Unternehmens gehörten. Eine Vorratshaltung sei häufig der Natur der Sache nach nicht möglich, auch keineswegs verkehrsüblich und verteuere in der Regel die Ware. Bei der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln als Vorsorgemöglichkeit handele es sich im übrigen um einen Trugschluß, denn man könne dem Unternehmer nicht vorwerfen, er habe sich deshalb nicht sorgfältig verhalten, weil er sich nicht freigezeichnet habe und darum haften müsse ⁵⁾.

1) Löwisch, DB 1962, 762, Fußn.12 m.w.N.

3) So ausdrücklich Löwisch, DB 1962, 763; Lorenz, S.43; Brox-Rüthers, § 16 II 1, S.260.

2) Vgl. Pfister, S.79 f.; Löwisch, DB 1962, 762; zur Entwicklung der Streikversicherung und ihrer Organisation vgl. Knisper, S.8 ff., S.20 ff.; die Streikversicherung aus wirtschaftlicher Sicht untersucht Johst, a.a.O.

4) Dohnau, S.47 ff.; Hohn, S.11 ff.; Mayer-Maly-Nipperdey, S.16; Mayer-Maly, S.8 ff., ders. RdA 1965, 434; F.Müller, S.84.

5) So F. Müller, S. 84 Fußn. 17.

bb) Stellungnahme

Dieser Gegenmeinung kann jedoch nicht gefolgt werden. Nach den §§ 280, 285, 325, 326 BGB hat der Zulieferer-Schuldner die Umstände zu vertreten, auf denen die Unmöglichkeit oder der Verzug beruhen. Dazu gehört auch der Umstand mangelnder Kalkulation von Arbeitskämpfen, weil andernfalls die Leistungsstörung nicht eingetreten wäre.

Das Vorsorgeverschulden wird von der Rechtsprechung in anderem Zusammenhang schon von jeher anerkannt. So hat das RG ¹⁾ in einer Entscheidung zu § 364 I 5 ALR einem Lieferanten bei einem über ein Jahr andauernden Vertragsverhältnis vorgehalten, daß er einen nicht unvorhersehbaren Streik in einem Kohlenrevier nicht mit in seine Berechnungen einbezogen und es unterlassen hat, "auch für einen solchen Fall in geeigneter Weise V o r s o r g e zu treffen" ²⁾. Später hat das RG ³⁾ noch in anderen Fällen dem Schuldner versagt, sich auf unverschuldete Unmöglichkeit zu berufen, wenn er Waren verkauft, die noch nicht in seinem Verfügungsbereich sind, und dabei die gebotene Überlegung unterläßt, daß die Beschaffung der Waren oder der Rohstoffe für sie durch die Kriegereignisse (insbesondere durch Beschlagnahme) vereitelt werden kann. Der BGH ⁴⁾ ist dieser Rechtsprechung gefolgt, indem er den Schuldner auch für ein nicht unmittelbar verschuldetes, nachträglich eintretendes Unvermögen einstehen läßt, falls der Schuldner dies bei Vertragsabschluß mit in Rechnung stellen mußte. Er begründet das unter Hinweis auf die angeführten RG-Entscheidungen im wesentlichen damit, daß der Schuldner dann die Gefahr des Eintritts auf sich genommen habe und er sich deshalb schon nach Treu und Glauben seinem Vertragspartner gegenüber nicht auf dieses Unvermögen berufen könne.

1) RGZ 28, 220 (223).

2) Die Sperrung wurde vom Verfasser vorgenommen.

3) RGZ 93, 17 (18); 95, 284 (286 f.).

4) MDR 1960, 304.

Die Literatur stimmt der Rechtsprechung zu ¹⁾. Wenn das RG in den genannten Entscheidungen die Vorhersehbarkeit eines Streiks, der nicht einmal im eigenen Betrieb des Schuldners stattfand, schon damals bejaht hat, so ist sie heute wegen der generellen Anerkennung des Arbeitskampfes stets anzunehmen ²⁾. Dafür spricht ebenfalls das frühzeitige Sich-Abzeichnen einer "Lohnrunde". Daher gehören Streik und Aussperrung im eigenen Betrieb zu den typischen und spezifischen Risiken eines kaufmännischen Unternehmers, für die er im Rahmen des § 347 HGB einzustehen hat ³⁾.

Zwar ist der Gegenmeinung zuzugeben, daß die Grenze der Vorsorgepflicht bei der Lagerhaltung - soweit sie tatsächlich möglich ist - sehr eng zu ziehen sein wird, damit die Haftung nicht in eine dem Verschuldensprinzip widersprechende Risikohaftung umschlägt, was bei extrem langen Arbeitskämpfen der Fall sein kann ⁴⁾.

Als wirksam erweist sich für den Schuldner aber auch die Vorsorgemöglichkeit, die im vertraglichen Haftungsausschluß streikbedingter Leistungsstörungen, insbesondere durch die Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln, liegt. Schon das RG ⁵⁾ weist darauf hin. F. Müller ⁶⁾ muß entgegengehalten werden, daß es sich bei der Annahme einer solchen Vorsorge nicht um einen Trugschluß handelt, weil ein Unterschied zwischen tatsächlicher und rechtlich-vertraglicher Vorsorge nicht ersichtlich ist. Gerade an dieser Vorsorgemöglichkeit zeigt sich deutlich, daß der

-
- 1) Erman. § 275 Anm.3; Staudinger-Werner, § 275, Rndnr.14 m.w.N.; auch Palandt-Danckelmann, § 275 Anm.6; RGRK-Nastelski, § 275 Anm.3,4, die in diesen Fällen culpa in contrahendo annehmen.
 - 2) So ausdrücklich Löwisch, DB 1962, 762 Fußn.13; vgl. auch BAGE 1, 291.
 - 3) Brox-Rüthers, § 16 II 1, S.260; Löwisch, DB 1962, 762; RGRK-HGB-v.Godin, § 347 Anm.9; vgl. auch Esser, § 56 5, S.203.
 - 4) So ausdrücklich Löwisch, DB 1962, 763.
 - 5) RGZ 95, 264 (266).
 - 6) a.a.O., S. 84 Fußn. 17.

Zulieferer den Arbeitskampf - im wahrsten Sinne des Wortes - in Rechnung zu stellen hat. Denn man braucht sich nur zu vergegenwärtigen, welcher unmittelbare Zusammenhang zwischen der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln und der Preisgestaltung des Zuliefererproduktes besteht ¹⁾. Wie die haftungsfreistellende Klausel zu einem kleineren Risiko des Zulieferers und damit zu einem geringeren Preis führt, so hat andernfalls die Haftung des Zulieferers eine Erhöhung des Risikos zur Folge, die sich in einem höheren Preis niederschlagen wird. Wer größere wirtschaftliche Vorteile erzielt, hat auch für die sich daraus ergebenden Nachteile einzustehen. Auch deshalb kann in dem vorliegenden Zusammenhang nicht an diesem Risiko vorbeigesehen werden. Daher ist es dem Zulieferer innerhalb der Grenze des § 242 BGB als zurechenbar anzulasten, wenn er das Risiko von Arbeitskämpfen ²⁾ vorsätzlich oder fahrlässig nicht kalkuliert und dafür keine Vorsorge trifft.

3. Haftung für fremdes Verschulden (§ 278 BGB)

Selbst wenn den Zulieferer wegen der Leistungsstörung kein eigenes Verschulden trifft, so hat er dennoch gemäß § 278 Satz 1 BGB das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Arbeitnehmer, die der Zulieferer im Rahmen seiner Produktion zur Herstellung seiner Erzeugnisse einsetzt, sind Erfüllungsgehilfen i.S. von § 278 BGB, denn sie werden mit Willen des Zulieferers bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Abnehmer tätig ³⁾. Schwierigkeiten bereitet aber die weitere Frage, ob sich der Zulieferer der s t r e i - k e n d e n Arbeitnehmer "zur Erfüllung seiner Ver-

1) Froehlich-Eberstein, S.14 unter Hinweis auf BGH NJW 1959, 1424.

2) Das gilt auch für Aussperrungen; vgl. unten § 6 III.

3) Palandt-Danckelmann, § 278 Anm.3; vgl. auch Dohnau, S.11 f.; Edelmann, S.25 ff.; Grober, S.12 ff.; Pohle, S.71.

bindlichkeit" bedient, weil sie infolge des Streiks gerade nicht tätig werden. Wie Esser ¹⁾ bemerkt, wird diese interessante Frage in der modernen Literatur völlig übergangen und ist erst im Zusammenhang mit streikbedingten Leistungsstörungen wieder mehr erörtert worden. Sie ist bislang auch noch nicht Gegenstand der neueren höchsterichterlichen Rechtsprechung gewesen. Diese Frage war allerdings schon früher umstritten.

a) Meinungsstand

Ein Teil der Literatur ²⁾ war der Ansicht, daß sich der Schuldner des Erfüllungsgehilfen tatsächlich bedient, dieser also wirklich bei der Erfüllung mitgewirkt haben müsse. Das sei aber bei einem streikenden Arbeitnehmer gerade nicht der Fall. Diese Meinung wird auch heute überwiegend vertreten und damit die Anwendung des § 278 BGB auf die streikenden Arbeitnehmer abgelehnt ³⁾.

Der andere Teil des Schrifttums ⁴⁾ stellt sich auf den Standpunkt, daß die bloße Bestimmung - ohne Rücksicht auf das tatsächliche Tätigwerden - jemand zum Erfüllungsgehilfen i.S. von § 278 BGB mache. Er hafte nach dem Gesetzestext gerade nicht für ein Verschulden seiner Leute **b e i** der Erfüllung, sondern für das Verschulden der Leute, deren er sich zur Erfüllung bediene. Der Sinn dieser Vorschrift liege in einer weitgespannten Haftung des Unternehmers. Auch diese Meinung, die sich im wesentlichen auf eine Entscheidung des RG ⁵⁾ stützt, wird heute

1) JZ 1963, 492.

2) Leonhard, § 232, S.457; Edelmann, S.40 ff.; Lehmann, S.27; Noah, S.12 ff.; Pohle, S.71 f.; Simmer, S.16.

3) Brox-Rüthers, § 16 II 3, S.261; Esser, JZ 1963, 492; Lauschke, DB 1966, 139, 141; F.Müller, S.86; Siebrecht, S.123.

4) Oertmann, § 278 BGB, Anm.3 f., anders noch Arbeitsvertragsrecht, § 73 II 4 c, S.285; Grober, S.21 ff.

5) RGZ 110, 209.

in der Literatur vertreten ¹⁾. Insbesondere Dohnau ²⁾ hält es dabei für unerheblich, ob die Schadenshandlung in einem Tun oder wie beim Streik in einem Unterlassen der Arbeitnehmer bestehe.

bb) Stellungnahme

Mit der überwiegenden Meinung ist die letztere Ansicht jedoch wegen der ungerechtfertigten Haftungs- ausdehnung abzulehnen.

Die Begründung kann aus den Motiven ³⁾ - auf die sich Esser stützt ⁴⁾ - nicht gewonnen werden, weil sie zu dem Problem nicht ausdrücklich Stellung nehmen ⁵⁾. Dort heißt es nur, daß der Schuldner für das Verschulden derjenigen Personen haften müsse, "deren er sich zur Bewirkung der ihm nach dem Schuldverhältnisse obliegenden Leistung (zur Erfüllung) bedient" ⁶⁾ oder "welche er bei den ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Handlungen zuzieht" ⁷⁾. Die hier vertretene Ansicht folgt aber aus dem Sinn und Zweck des § 278 BGB ⁸⁾. Der Sinn dieser Bestimmung ⁹⁾ liegt in der Ausgleichung des durch die Einschaltung Dritter bei der Erfüllungshandlung erhöhten Gläubigerrisikos. Der Schuldner, welcher die Vorteile der Arbeitsteilung in Anspruch nimmt, soll auch die sich daraus für den Gläubiger ergebenden Nachteile tragen. Denn schließlich kann der Gläubiger, der auf den Arbeitnehmer keinen Einfluß hat, nicht schlechter dastehen, als wenn der Schuldner persönlich das Erzeugnis hergestellt hätte. Aber diese Risikoausgleichung soll nach § 278 BGB nur dann er-

1) Dohnau, S.12 ff.; Hohn, S.20 f.; Löwisch, DB 1962, 762 f.; wohl auch Bobrowski-Gaul H IV Rdnr.7.

2) S.16

3) Bd.II, S.29, 30.

4) JZ 1963, 492.

5) So auch Brox-Rüthers, § 16 II 3, S.261; F.Müller, S.86, Fußn. 20.

6) S.29.

7) S.30.

8) So auch Brox-Rüthers, § 16 II 3, S.261; Noah, S.12.

9) Vgl. dazu etwa Erman, § 278 Anm.1; Esser, § 58,2, S. 215; Fikentscher, § 54 I, S.265; Larenz I, § 19 VIII, S.233 f.; Palandt-Danckelmann, § 278 Anm.1; Soergel-Siebert-R.Schmidt, § 278 Rdnr.1; Staudinger-Werner, § 278 Rdnr.1.

folgen - und das ist der Zweck dieser Vorschrift - , wenn die Hilfspersonen auch tatsächlich zur Bewirkung der Leistungshandlung eingeschaltet werden. Kommt der Schuldner gar nicht in den Genuß des Vorteils fremder Hilfe, dann ist ein auszugleichendes, erhöhtes Risiko nicht vorhanden. Das ist aber dann der Fall, wenn der Schuldner gar keine Hilfsperson hat, oder wenn er zwar solche hat, diese aber infolge des Streiks ihre Arbeit niederlegen und nicht tatsächlich bei der Erfüllung tätig werden. Ein Grund für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung dieser beiden Fälle ist nicht ersichtlich und wird auch von der Gegenansicht nicht genannt ¹⁾. Keinesfalls kann das faktische Vorhandensein von Gehilfen oder die bloße Bestimmung zu Gehilfen die Haftungs- ausdehnung des § 278 BGB rechtfertigen. Dieser Ansicht folgt auch das Reichsgericht, wenn es in einer Entscheidung ²⁾ die streikenden Arbeitnehmer nicht für Erfüllungsgehilfen, sondern für Dritte hält, die störend in die Erfüllung eingreifen.

Da die Haftung für fremdes Verschulden als eine Art Erfolgshaftung ³⁾ eine Ausnahme von dem Verschuldensprinzip des § 276 BGB darstellt, entspricht diese Auslegung des § 278 BGB auch der allgemeinen Regel, daß Ausnahmebestimmungen en g auszulegen sind ⁴⁾.

Die Gegenansicht ist auch nicht mit dem Argument zu rechtfertigen, daß die schädigende Handlung der Hilfspersonen im Falle des Streiks in einem Unterlassen besteht; denn ein Unterlassen ist einem positivem Tun nur dann gleichzusetzen, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben ist. Entgegen der Auffassung von Dohnau ⁵⁾ kann diese Pflicht aus dem Arbeitsvertrag

1) Vgl. insbesondere Dohnau, S.16.

2) RG LZ 1923, 21.

3) Erman, § 276 Anm.1; Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 10a, § 278 Anm.1; vgl. auch Dohnau, S.11 oben.

4) Zu dieser Regel und ihren Grenzen vgl. besonders Larenz, Methodenlehre, S.260 f.m.w.N.

5) S. 16.

nicht gefolgert werden, da nach der herrschenden Suspendierungstheorie ¹⁾ die Arbeitspflicht für die Dauer des Streiks gerade ruht.

Ein anderes Ergebnis kann auch nicht der von der Gegenansicht herangezogenen Entscheidung des Reichsgerichts ²⁾ entnommen werden, deren Sachverhalt ganz anders gelagert war ³⁾, weil sie nicht die Folgen des Streiks schlechthin, sondern die schlechte Verwahrung von Beförderungsgut durch streikende, aber bei der Leistungshandlung tätige Eisenbahnbedienstete betraf. Diese Entscheidung könnte allenfalls eine Ausnahme von der herrschenden Ansicht und damit eine Anwendung des § 278 Satz 1 BGB dann rechtfertigen, wenn die Leistungsstörung deswegen eintritt, weil die streikenden Arbeitnehmer zu langsam (z.B. Bummelstreik ⁴⁾) oder schlecht arbeiten. Diese seltenen Sonderfälle eignen sich jedoch nicht zur Widerlegung der hier vertretenen Ansicht und können außer Betracht bleiben, da der Streik - wie oben ausgeführt ⁵⁾ - im Regelfall zu keiner oder zu einer nicht rechtzeitigen Leistung führt.

4. Haftung ohne Verschulden (§ 279 BGB)

Nach § 279 BGB haftet der Zulieferer-Schuldner dem Abnehmer-Gläubiger bei Gattungsschulden auch für unverschuldetes Unvermögen, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist (sog. Garantiehaftung). Auf die in Rede stehenden Lieferverträge ist diese Vorschrift jedoch nicht ⁶⁾ oder nur begrenzt ⁷⁾ anwendbar.

1) Statt aller Brox-Rüthers, § 12 IV 2 ff., S.223 ff. m.w.N.

2) RGZ 110, 209 (213 f.).

3) Das übersieht insbesondere Dohnau, S.15, 19.

4) Vgl. in neuerer Zeit: Aktion "Igel" bei der Post und Aktion "Adler" bei der Bahn; Brox-Rüthers, § 1 B I b, S.29.

5) Vgl. oben § 2 IV.

6) So F. Müller, S. 74.

7) Palandt-Danckelmann, § 279 Anm.2.

Denn nach allgemeiner Ansicht ¹⁾ sind die zwischen einem Selbsthersteller und einem Abnehmer geschlossenen Lieferverträge dahin auszulegen, daß die Schuldverpflichtung des Herstellers nur eine auf die Eigenzeugnisse beschränkte Gattungsschuld ²⁾ umfaßt. Insoweit ist § 279 BGB anwendbar. Der Hersteller hat danach aus seinen Erzeugnissen bis zur Erschöpfung seines eigenen Vorrats zu liefern. Er ist aber nicht verpflichtet, sich die als Eigenproduktion geschuldete Ware anderweitig zu beschaffen ³⁾. Ihn trifft nur eine Beschaffungsgarantie dahin, seine ganze wirtschaftliche, insbesondere finanzielle ⁴⁾ Kraft einzusetzen, um die Produktion aufrechtzuerhalten oder wieder in Gang zu bringen. Kann er aber aus dem Grunde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, weil seine Produktion infolge des Streiks zum Stillstand gekommen und sein Vorrat erschöpft ist, besteht für die Anwendung des § 279 BGB kein Raum mehr, da die Leistung aus der beschränkten Gattungsschuld objektiv unmöglich geworden und nunmehr auch § 275 BGB anwendbar ist.⁵⁾ Unvermögen nach § 279 BGB liegt nicht mehr vor. Im übrigen bewendet es hier bei dem allgemeinen Verschuldensgrundsatz des § 276 BGB ⁶⁾.

5. Keine Entschuldigungsgründe

Entschuldigungsgründe kommen im Rahmen streikbedingter Leistungsstörungen nicht in Betracht, weil die hier bejahten Fälle des Streik- und Vorsorgeverschuldens keine Zwangssituation für den Zulieferer ent-

1) RGZ 88, 288; Brox-Rüthers, § 16 II 1, S. 259; Dohnau, S. 62; Erman-Sirp, § 243 Anm. 3; Esser, § 101 4, S. 467; ders., JZ 1963, 491; ders., § 41 4, S. 144; Hohn, S. 11 f.; Lauschke, DB 1966, 139; Mayer-Maly, S. 9; Lorenz, S. 22; Palandt-Danckelmann, § 243 Anm. 1; Siebrecht, S. 124; Stern, S. 25; a.A. ohne Begründung Löwisch, DB 1962, 763; Pohle, S. 67 ff.

2) Auch Vorratsschuld, so Larenz I, § 12, S. 130 f.

3) So Hohn, S. 12.

4) So besonders Heck, § 28 5, S. 87 f.; Esser, JZ 1963, 491.

5) So Larenz I, § 12, S. 133; vgl. auch F. Müller, S. 74.

6) S.o. § 6 II 2.

halten. So ist es ihm möglich und zumutbar, auf Verhandlungen mit dem Sozialpartner einzugehen und das Drohen eines rechtswidrigen Streiks abzuwenden oder für einen Streik Vorsorge zu treffen. Das Nachgeben können hinsichtlich der Kampfforderungen der Arbeitnehmer wurde schon als Ansatzpunkt für einen Schuldvorwurf des Zulieferers abgelehnt ¹⁾.

III. Aussperrung

1. Schuldform

Regelmäßig hat der Zulieferer nach § 276 Abs.1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten ²⁾. Die Aussperrung ³⁾ beruht auf dem Entschluß des Arbeitgeber-Zulieferers und wird somit immer vorsätzlich erklärt ⁴⁾. Dabei erkennt der Zulieferer die Leistungsstörung als notwendige Folge der Aussperrung und billigt sie (direkter Vorsatz) oder stellt sich zumindest die Leistungsstörung als möglichen Erfolg der Aussperrung vor und nimmt ihren Eintritt billigend in Kauf (bedingter Vorsatz) ⁵⁾. Zu der Feststellung dieses Vorsatzes wird man nur ausnahmsweise nicht gelangen, wenn der Zulieferer besondere Maßnahmen getroffen hat, um die Erfüllung des Liefervertrages zu gewährleisten ⁶⁾. Wenn diese Vorkehrungen - z.B. Produktion auf Vorrat oder Einschaltung von Drittbetrieben zur Belieferung seiner Abnehmer - fehlschlagen, kann dem Zulieferer aber unter Umständen ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden, weil er bei einem Handelsgeschäft anstelle der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt"

1) Vgl. oben § 6 II 2 a.

2) Die Befreiung des Zulieferers von seiner Leistungspflicht bei aussperrungsbedingter Leistungsstörung wegen unverschuldeter Unmöglichkeit (§ 275 BGB) wurde schon oben bei der Erörterung des Streiks verneint; vgl. § 6 I 1.

3) Das gilt auch für die rechtswidrige Aussperrung.

4) Brox-Rüthers, § 16 IV 1 b, S.265; Bulla, DB 1963, 756; Lauschke, DB 1966, 141; Hohn, S.25 f.; Simmer, S.24.

5) Vgl. Fikentscher, § 53 III, S.260 f.; Grober, S.14.

6) So auch Hohn, S. 26 f.

(§ 276 Abs.1 Satz 1 BGB) nach einem strengeren Maßstab für "die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" einzustehen hat (§ 347 Abs.1 HGB) ¹⁾.

Die regelmäßig vorsätzliche Verursachung der aussperungsbedingten Leistungsstörung gilt ohne Unterschied für die Abwehr- und Angriffsaussperrung. Nicht folgen kann man der Auffassung von F. Müller ²⁾, der bei der Abwehraussperrung - wie beim Streik - ein Verschulden des Zulieferers verneint, weil dieser sich im Bereich der ihm im Arbeitskampf zukommenden Ordnungsfunktion bewege. Dies ist im übrigen auch bei der Angriffsaussperrung der Fall, für die F. Müller aber ein Verschulden des Zulieferers bejaht. Schon von daher ist die unterschiedliche Behandlung der beiden Aussperrungsarten fragwürdig. Weiterhin ist aber kein Grund dafür ersichtlich, die von F. Müller ³⁾ in die Verschuldensebene verlagerte Problematik der Kollision Arbeitskampfrecht - bürgerliches Vertragsrecht hier anders zu lösen als in der Rechtswidrigkeitsebene. Insoweit kann folglich auf die dortigen Ausführungen sinngemäß verwiesen werden, da die Verschuldensfrage keine besonderen Probleme bietet ⁴⁾.

Auch kann F. Müller nicht darin gefolgt werden, daß durch eine Bejahung des Verschuldens und damit der Haftung des Zulieferers für abwehraussperrungsbedingte Leistungsstörungen "der Grundsatz der Kampfparität zum Nachteil des Arbeitgebers verletzt" würde ⁵⁾.

Die Gefahr der Haftung für solche Leistungsstörungen gehört gerade zu den typischen Arbeitgeberrisiken ⁶⁾, die er bei dem Entschluß der Abwehraussperrung gegenüber der Möglichkeit, auf die Streikforderung einzugehen, abzuwägen hat ⁷⁾. Von einer "ungerechtfertigten Überlagerung des Kampftrisikos auf

1) Vgl. etwa Baumbach-Duden, § 347 Anm.1.

2) S.88 f.

3) S.76 oben, 85.

4) Vgl. oben § 5 I.

5) F. Müller, S.88.

6) Die Arbeitnehmer tragen insoweit das Lohnrisiko.

7) Vgl. dazu schon oben § 6 II 2 a bb.

den Arbeitgeber"¹⁾ kann daher nicht gesprochen werden. Wenn der Zulieferer sich bei seinem Aussperrungsentschluß die Leistungsstörung als mögliche Folge vorstellt und ihren Eintritt billigend in Kauf nimmt, handelt er vielmehr gegenüber seinem Abnehmer nicht "im Einklang der von ihm zu fordernden Sorgfaltpflicht", wie F.Müller ²⁾ meint, sondern verletzt diese Pflicht vorsätzlich.

Zu erwähnen ist ferner, daß ein Entstehen des Zulieferers für Kampfmaßnahmen seines Arbeitgeberverbandes unter dem Gesichtspunkt des Fremdverschuldens (§ 278 BGB) ausscheidet, weil der Arbeitgeberverband schon mangels Weisungsbefugnis des Zulieferers nicht als Erfüllungsgehilfe angesehen werden kann ³⁾. Auch bei einem Aussperrungsbeschluß des Verbandes ordnet der Zulieferer die Aussperrung in seinem Betrieb vorsätzlich an ⁴⁾.

2. Übergesetzlicher Notstand als Entschuldigungsgrund

Das Verschulden des Zulieferers könnte allenfalls durch einen Entschuldigungsgrund ausgeschlossen sein⁵⁾. Hier ist auch wegen der kollidierenden Pflichten - Verbandspflicht und Vertragspflicht - eine Zwangssituation, in der sich der Zulieferer befindet, vorstellbar. Wie bei der Erörterung des Rechtfertigungsgrundes "übergesetzlicher Notstand" bereits festgestellt wurde, sind beide Pflichten gleichwertig ⁶⁾, was zur Ablehnung dieses Rechtfertigungsgrundes führte ⁶⁾. Die Kollision gleichwertiger Pflichten kann jedoch noch unter dem Gesichtspunkt eines Entschuldigungsgrundes Bedeutung gewinnen ⁷⁾. Ein Entschuldigungsgrund "übergesetzlicher Notstand" kommt aber nur dann

1) F.Müller, S.88.

2) S.88.

3) Esser, JZ 1963, 492 f.

4) Vgl. auch Simmer, S.25.

5) Esser, JZ 1963, 491.

6) S.o. § 5 III 2 d.

7) Vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. § 51 StGB, Rdnr.93.

zum Zuge, wenn es sich um eine unvermeidbare Pflichtenkollision handelt ¹⁾. Die Konfliktsituation zwischen Verbandstreue und Vertragstreue ist aber vermeidbar, da der Zulieferer die Möglichkeit hat, mittels sog. Freizeichnungsklauseln im Liefervertrag beide Pflichten aufeinander abzustimmen ²⁾. Wenn er das im Einzelfall unterläßt, begibt er sich freiwillig in den Konflikt ³⁾. Dann kann ihm die Haftung nicht wegen fehlenden Verschuldens abgenommen werden.

Auch andere Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich.

Somit kommt man nach den bisherigen Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß der Zulieferer bei streikbedingten Leistungsstörungen in den Fällen des Streik- und Vorsorgeverschuldens, bei aussperrungsbedingten Leistungsstörungen regelmäßig verpflichtet ist, dem Abnehmer den entstandenen Schaden zu ersetzen.

§ 7 BEFREIUNG WEGEN WEGFALLS DER GESCHÄFTSGRUNDLAGE

I. Allgemein

Das BGB regelt die Rechtsverhältnisse bei gestörten Verträgen nur unter dem Gesichtspunkt der Leistungsstörungen (§§ 275 ff., 323 ff. BGB), was - wie oben näher ausgeführt ⁴⁾ - mit dem primär auf den Erfolg abstellenden Leistungsbegriff zusammenhängt. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt aber für die Fälle, in denen ohne Vorliegen einer Leistungsstörung die Abwicklung bestehender Verträge erschwert oder gegenstandslos wird, weil Umstände eintreten oder

1) Schönke-Schröder, Vorbem. § 51 StGB, Rdnr. 68, 93 m.w.N.

2) Brox-Rüthers, § 16 III c bb, S. 264; Esser, JZ 1963, 491.

3) Vgl. dazu auch Esser, JZ 1963, 491.

4) § 5.

entfallen, von deren Nichtexistenz oder Existenz die Parteien bei Vertragsabschluß bewußt oder unbewußt ausgegangen sind. Dazu gehört beispielsweise die Erwartung der Geschäftspartner, daß sich das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht grundlegend verändert (sog. *clausula rebus sic stantibus*)¹⁾.

Eine Veränderung der äußeren Umstände - z.B. auch des Arbeitsfriedens im Arbeitskampf ²⁾ - müßte der Zulieferer-Schuldner folglich hinnehmen, da er sich nicht freigezeichnet hat. Im Hinblick auf die §§ 157, 242 BGB kann der Schuldner diese Leistungerschwerungen aber nur so lange zu tragen haben, als sie ihm nicht unzumutbar sind.

Diese Lücke ³⁾ hat die Rechtsprechung und Lehre seit jeher unter den verschiedensten rechtlichen Gesichtspunkten zu schließen versucht. Es ist nicht erforderlich, diese Entwicklung seit Inkrafttreten des BGB im einzelnen nachzuzeichnen ⁴⁾. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben seien hier nur genannt: Die erweiterte Auslegung des § 275 BGB i.S. der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit; der Gedanke der vertraglichen Opfergrenze ("nicht zumutbare Leistung", "überobligationsmäßige Schwierigkeit", "unerschwingliche Leistung") ⁵⁾ und die Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage. Allen diesen Schranken der Erfüllungspflicht des Schuldners liegt letztlich der Grundgedanke der Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung wegen veränderter Umstände zugrunde ⁶⁾. Im Rahmen dieser Abhandlung soll allerdings von dem heute herrschen-

1) Vgl. dazu etwa Palandt-Danckelmann, § 242 Anm.6.

2) Vgl. Esser, JZ 1963, 493; Siebrecht, S.125; a.A. F.Müller, S.77.

3) Esser, § 86 I, S.384; generell zum Lückenbegriff etwa Canaris, a.a.O., insbes. S.16 f., 19 ff., 39 f.; Larenz, Methodenlehre, S.279 ff.

4) Vgl. im einzelnen Staudinger-Weber, § 242 E 21 ff., 31 ff. m.w.N.

5) Insbesondere Heck, § 28 8, S.88 f.

6) Brox-Rüthers, § 16 III 3 b, S.263; Erman-Sirp, § 242 Anm.III 4 e; Esser, JZ 1963, 489 f., 493; ders., § 86 3, S.387; Soergel-Siebert, § 242 Rdnr.230 f.

den "Institut" des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausgegangen werden ¹⁾, ohne die Einzelheiten dieser Lehre zu erörtern ²⁾.

II. Streik

Die Frage, ob ein Streik die dem Vertrag zugrunde liegenden Verhältnisse so schwerwiegend ändert, daß die Erfüllung des Vertrages mit Rücksicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage dem Zulieferer-Schuldner nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, ist nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen ³⁾. Als Kriterien kommen u.a. die Voraussehbarkeit des Streiks (bei der Geschäftsgrundlage), die Auswirkungen des Streiks auf den Betrieb und die allgemeine Wirtschaftslage, die Art der Produktionserzeugnisse (bei der Zumutbarkeit) in Betracht.

Bei Streik könnten sich Bedenken dagegen, daß der Zulieferer sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft, ergeben, wenn das Streikrisiko als typisches Vertragsrisiko in dem Liefervertrag enthalten und von dem Schuldner in Kauf genommen ist ⁴⁾. Wie aber bereits bei der Frage des Vorsorgeverschuldens deutlich wurde ⁵⁾, gehört der Streik zu den typischen Risiken eines kaufmännischen Unternehmens, für die der Zulieferer-Schuldner einzustehen hat, wenn sie nicht durch Freizeichnungsklauseln ausgeschlossen wurden ⁶⁾. Daher

- 1) Vgl. für alle Brox-Rüthers, § 16 III 3 b und Fußn. 20 m.w.N., S.263; BGH LM Nr.12 zu § 242 (Bb) BGB.
- 2) Vgl. dazu Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S.72 ff.; Esser, § 86, S.284 ff.; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung; Larenz I, § 20 II, S.246 ff.; Staudinger-Weber, § 242 E 31 ff., 246 ff.
- 3) Brox-Rüthers, § 16 III 3 c, S.263 f.; Hohn, S.18.
- 4) Blomeyer, § 27 IV 1, S.145; Brox-Rüthers, § 16 III 3 c cc, S.264 f.; Erman-Sirp, § 242 Anm.4 d; F.Müller, S.78; Soergel-Siebert, § 242 Rdnr.251 ff.; Staudinger-Weber, § 242 E 352 ff.
- 5) Vgl. oben § 6 II 2 b.
- 6) Vgl. auch Bulla, DB 1963,756; Löwisch, DB 1962,762; Staudinger-Weber, § 242 B 321, 487, E 361; a.A. nur Hohn, S.18 ff., der eine derart vereinfachende Haftungsregelung für zu weitgehend hält.

ist dem Zulieferer bei Streik ein Berufen auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage versagt.

III. Aussperrung

Außer den bei Streik angestellten Erwägungen ergibt sich aus der Eigenart der Aussperrung als Arbeitgeberhandeln noch die Besonderheit, daß der aussperrende Arbeitgeber-Zulieferer die Veränderung der Geschäftsgrundlage selbst verursacht. Die Einzelaussperrung und auch die Verbandsaussperrung führt der Arbeitgeber - wie zuvor erörtert wurde ¹⁾ - vorsätzlich herbei. Nach herrschender Lehre kann der Wegfall der Geschäftsgrundlage dann nicht geltend gemacht werden, wenn ein Vertragspartner die Veränderung der Geschäftsgrundlage selbst verursacht hat ²⁾. Dies gilt sowohl für die Verursachung der Aussperrung als auch für die Pflichtenkollision des Zulieferer-Arbeitgebers zwischen Vertragstreue und Verbandstreue, weil er beide Pflichten vorbehaltlos übernommen hat, ohne sich von einer Verpflichtung freizuzeichnen ³⁾.

Auch bei aussperrungsbedingten Leistungsstörungen kann sich daher der Zulieferer nicht mit Erfolg auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. In Betracht zu ziehen ist jetzt lediglich noch die Möglichkeit einer Begrenzung des Haftungsumfangs.

1) Vgl. oben § 6 III.

2) Blomeyer, § 27 IV 2 b, S.146 f.; Brox-Rüthers, § 16 III c, S.264; Erman-Sirp, § 242 Anm.IV e; Staudinger-Weber, E 337 ff.; F.Müller, S.78; Dohnau, S.68.

3) Lauschke, DB 1966,142; vgl. in anderem Zusammenhang Brox, Nipperdey-Festschrift Bd.II, S.62.

§ 8 HAFTUNGSUMFANG UND MITVERSCHULDEN

I. Haftungsumfang (§§ 249 ff. BGB)

Der Haftungsumfang der Zuliefererhaftung bei Unmöglichkeit und Schuldnerverzug ist den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB zu entnehmen. Da bei Leistungsstörungen gemäß §§ 325, 326 BGB Herstellung in Natur (§ 249 Satz 1 BGB) regelmäßig nicht in Betracht kommt, geht in diesen Fällen der Schadensersatzanspruch auf Geldersatz, § 251 BGB ¹⁾, einschließlich des übererfüllungsmäßigen Interesses ²⁾. Etwas anderes gilt auch nicht, wenn Streik und Aussperrung gemeinsam - alternativ oder kumulativ - die Leistungsstörung verursacht haben und Streikverschulden des Arbeitgebers nicht vorliegt, da der Zulieferer wegen seines kausalen Tatbeitrages bezüglich der Aussperrung für den gesamten Schaden dem Abnehmer gegenüber einzustehen hat ³⁾. Die Mitverursachung spielt insoweit nur im Verhältnis des Zulieferers zu der Gewerkschaft eine Rolle.

Bei den vorliegenden Sachverhalten ist folgendes Beispiel möglich: Durch die Leistungsstörung eines Liefervertrages mit einem Jahresumsatz von 100.000,- DM entsteht ein Schaden von mehreren Millionen DM, weil ein Großunternehmen zum Stillstand kommt. Nach dem in den §§ 249 ff. BGB normierten Grundsatz der Totalreparation ⁴⁾ müßte der Zulieferer für den gesamten Schaden aufkommen. Daher ist es verständlich, daß auch in diesem Zusammenhang - wie etwa bei der Frage der gefahreneigenen Arbeit im Arbeitsver-

1) RGZ 61, 348 (353); 107, 15 (17 f.); BGHZ LM § 325 BGB Nr.3; vgl. auch Larenz I, § 15 II b, S.187 und § 21 I, S.255; Palandt-Danckelmann vor § 249 Anm.3 b, § 251 Anm.1 a.

2) Vgl. dazu schon oben, § 2 IV.

3) Vgl. dazu schon oben, § 4 I 2 b.

4) Esser, § 48 6, S. 165.

hältnis ¹⁾ - die Milderung der Totalreparation zu einer quotalen Haftung (Haftungsreduktion) erörtert wird. So schlägt Lauschke ²⁾ vor, bei der Zuliefererhaftung einen quotalen Schadensausgleich in der Weise vorzunehmen, daß sich der Haftungsumfang auf den aus der Vertragserfüllung zu erwartenden Gewinn beschränkt. Wie Lauschke aber selbst erwähnt, scheitert dieser Versuch der Haftungsbegrenzung de lege lata an dem Alles-oder-Nichts-Prinzip der §§ 249 ff. BGB, das für unsere Sachverhalte keine Ausnahme zuläßt.

II. Mitverschulden (§ 254 BGB)

Der Haftungsumfang kann im Einzelfall lediglich durch die Berücksichtigung einer Mitverursachung oder eines Mitverschuldens auf Seiten des Abnehmers verringert werden, § 254 BGB ³⁾.

1. Mitverursachung (§ 254 Abs.1 BGB)

Eine Mitverursachung der Leistungsstörung gemäß § 254 Abs.1 BGB durch den Abnehmer scheidet regelmäßig aus, da dieser im Streikfall keinen Einfluß auf die Arbeitnehmer seines Vertragspartners hat und der Zulieferer die Aussperrung letztlich aus eigenem Entschluß, durchweg vorsätzlich, anordnet ⁴⁾. Eine Ausnahme wäre nur in dem Fall denkbar, wenn die Vertragspartner demselben Arbeitgeberverband angehören und der Abnehmer die Aussperrung in dem Betrieb des Zulieferers mit befürwortet hat. Dann hat der Abnehmer bewußt die Lage mitgeschaffen, aus der ihm jetzt der Schaden erwächst ⁵⁾.

1) Vgl. dazu Isele, NJW 1964, 1441 ff.; Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Arbeitsrechtliche Arbeitsgemeinschaft, ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Sitzungsberichte, Teil G, S. 7 ff.; BAG AP Nr. 8 und 16 zu § 611 BGB, Haftung des Arbeitnehmers; BAGE (GS) 5,1.

2) DB 1966, 143.

3) Soergel-Siebert-R.Schmidt, § 254 Rdnr.3.

4) Vgl. dazu oben § 6 III.

5) Erman-Sirp, § 254 Anm. 3 d.

Diese Mitwirkung müßte er sich nach § 254 Abs.1 BGB anrechnen lassen.

Entgegen Lauschke ¹⁾ kann eine mitverursachende Interessenverletzung des Abnehmers aber nicht darin gesehen werden, daß er sich in eine übermäßige Abhängigkeit zu seinem Zulieferer begeben hat, indem er etwa ein notwendiges Spezialprodukt nur von diesem Zulieferer bezieht. Zwar könnte man hier einerseits argumentieren, daß sich der Abnehmer schließlich selbst in die gefährliche Lage gebracht hat. Aber andererseits besteht für ihn keine Verpflichtung zur Einschränkung der Abnahme von seinem Zulieferer, der im Gegenteil an einem größtmöglichen Absatz interessiert sein wird. Diesen eigenen Vorteil, den der Zulieferer infolge der starken Abhängigkeit des Abnehmers genießt, kann er diesem aber nicht im Falle einer Leistungsstörung als Nachteil im Wege eines Mitverschuldens nach § 254 Abs.1 BGB entgegenhalten.

2. Schadensminderung (§ 254 Abs.2 S.1, 1. Alt. BGB)

Nach dieser Vorschrift tritt eine Schadensminderung ein, wenn der Abnehmer es unterlassen hat, den Vertragspartner auf die Gefahr eines außergewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, den dieser weder kannte noch kennen mußte. Für unsere Sachverhalte kommt diese Vorschrift nicht in Betracht, da für den Abnehmer regelmäßig keine Warnpflicht besteht. Der Zulieferer als Kaufmann und Produzent arbeitsteiliger Erzeugnisse weiß oder muß zumindestens wissen, wie hoch der Schaden bei seinem Vertragspartner durch den Ausfall des Zuliefererproduktes sein kann²⁾.

3. Schadensabwendungs- oder Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs.2 S.1, 2. Alt. BGB).

Auch nach dem Eintritt der Leistungsstörung trifft

1) DB 1966, 143 unter Berufung auf BGHZ 34, 355 (363).

2) RGRK-Nastelski, § 254 Anm. 57.

den Abnehmer gemäß dieser Vorschrift noch eine Schadensabwendungs- oder Schadensminderungspflicht, bei deren Verletzung eine entsprechende Begrenzung des Haftungsumfangs eintritt. In den hier untersuchten Sachverhalten verletzt der Abnehmer diese Pflicht dann, wenn er es unterläßt, den drohenden eigenen Betriebsstillstand durch Deckungskäufe bei anderen Lieferanten abzuwenden. Eine solche Deckungspflicht wird nämlich von der Rechtsprechung ¹⁾ und Literatur ²⁾ im Rahmen des § 254 Abs.2 BGB unter besonderen Umständen angenommen, wenn dadurch ein hoher Schaden gemindert oder der Ausdehnung eines Schadens vorgebeugt werden kann.

§ 9

ZUSAMMENFASSUNG

Die gesetzlichen Folgen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen lassen sich nunmehr zusammenfassen:

- 1) Durch rechtmäßigen S t r e i k veranlaßter Lieferausfall stellt eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Leistungsstörung dar, für die der Zulieferer jedoch nur in den besonderen Fällen des Streik- oder Vorsorgeverschuldens gemäß §§ 280, 285, 325, 326 BGB einzustehen hat.
- 2) Durch rechtmäßige A u s s p e r r u n g veranlaßter Lieferausfall stellt eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und regelmäßig vorsätzliche Leistungsstörung dar, für die der Zulieferer gemäß den §§ 280, 285, 325, 326 BGB einzustehen hat.
- 3) Im Einzelfall kann eine Begrenzung des Haftungsumfangs nach § 254 BGB in Betracht kommen.
- 4) Diese Rechtsfolgen gelten regelmäßig ³⁾ auch bei r e c h t s w i d r i g e n Arbeitskämpfen ⁴⁾.

1) RG JW 1910, 613 (614); RG Gruchots Beiträge 55, 110 (113 f.); RGZ 83, 176 (177); RG LZ 1919, 42 (43) in ständiger Rechtsprechung.
2) RGRK-HGB-Würdinger, Anhang zu § 374 Anm.61, 68 ff.; RGRK-Nastelski, § 254 Anm.55; Staudinger-Werner, § 254 Rdnr.45; vgl. auch Mayer-Maly - Nipperdey, S.33.
3) Vgl. aber § 6 II 2 a.
4) Vgl. oben, § 5 III 1, Fußn.2 S.64; § 6 II 2 a, Fußn. 1 S.84; § 6 III 1, Fußn. 3 S.100.

ZWEITER ABSCHNITT: Haftungsausschluß durch
Freizeichnungsklauseln

§ 10 FREIZEICHNUNGSMÖGLICHKEIT

I. Praktische Konsequenz der gesetzlichen Haftungsfolgen

Wenn man die zuvor zusammengefaßten gesetzlichen Haftungsfolgen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen mit der in der EINLEITUNG ¹⁾ aufgezeigten besonderen wirtschaftlichen Interessenlage des Zulieferer-Abnehmer-Verhältnisses vergleicht, wird verständlich, warum ein Haftungsausschluß durch sog. Freizeichnungsklauseln ²⁾ von der Literatur ³⁾ empfohlen und von der Praxis ⁴⁾ überwiegend befolgt wird. Da alle Versuche, eine Haftungsbefreiung schon von Gesetzes wegen zu erlangen, infolge der gesetzlichen Risikoverteilung bei Leistungsstörungen und der Unvereinbarkeit von Arbeitskampfrecht und zivilem Haftungsrecht dogmatisch nicht befriedigen können ⁵⁾, erscheint eine wirksame Absicherung des Zulieferer-Abnehmer-Verhältnisses nur durch die Aufnahme dieser Klauseln in die Lieferverträge möglich. Wegen des im wesentlichen nachgiebigen Charakters des Schuldrechts bestehen gegen die allgemeine Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln keine Bedenken ⁶⁾.

II. Freizeichnung beim Streik

Eine Abbedingung der Haftung des Zulieferers bei

1) § 1 III.

3) Brox-Rüthers, § 16 IV, S.265 ff.; Bulla, DB 1963, 756 f.; Esser, JZ 1963, 491; Froehlich-Eberstein, Ergänzung "Vertragsklauseln" IX; Grober, S.41 ff.; Hohn, S.24 ff.; F.Müller, S.90 ff.; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, § 73 II 4 b, S.285; Pohle, S.72 f.; Simmer, S.47 ff.; A.Wolff, S.61.

4) Vgl. Esser, JZ 1963, 491 Fußn.10; Simmer, S.47 f. und die Stellungnahme des Arbeitskreises I der Geschäftsführerkonferenz 1965 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Bundesvereinigung a.a.O., S.68 ff.

2) Es werden u.a. auch die Begriffe Streikklauseln, Höhere-Gewalt-Klauseln verwandt.

5) Vgl. oben §§ 3 ff.

6) Argumentum e contrario aus § 276 Abs.2 BGB; vgl. auch Beitzke, DB 1967, 1753.

rechtmäßigem Streik ist möglich und üblich. Sie ist auch wirksam, denn ein Verstoß gegen § 276 Abs.2 BGB kommt meist nicht in Betracht, weil der Streik regelmäßig nicht auf dem Vorsatz des Zulieferers beruht. Die Freizeichnung ist allerdings in den Fällen wirkungslos, in denen der Arbeitgeber-Zulieferer durch vorsätzlich-rechtswidriges Verhalten den Streik veranlaßt, § 276 Abs.2 BGB ¹⁾.

III. Freizeichnung bei der Aussperrung

Im Gegensatz zum Streik wird die Aussperrung durchweg vorsätzlich, nämlich durch den Willensentschluß des Zulieferer-Arbeitgebers, verursacht ²⁾. Dadurch entsteht das Problem, ob eine Freizeichnungsklausel die Haftung bei der aussperrungsbedingten Leistungsstörung überhaupt wirksam ausschließen kann, oder ob nicht vielmehr eine derartige Klausel nach § 134 BGB i.V. mit § 276 Abs.2 BGB nichtig ist ³⁾. Diese Frage ist streitig.

1. Wortinterpretation des § 276 Abs.2 BGB

Eine Meinung ⁴⁾ geht von dem Wortlaut des § 276 Abs.2 BGB aus und wendet diese Vorschrift - unter besonderem Hinweis auf ihren zwingenden Charakter - streng an, mit der Folge, daß ein Haftungsausschluß bei aussperrungsbedingten Leistungsstörungen nichtig ist.

1) Vgl. oben § 6 II 2 a.

2) Vgl. oben § 6 III 1; Brox-Rüthers, § 16 IV 1 a, S.265; Hohn, S.25; Siebrecht, S.121.

3) Esser, § 8 2, S.23; v.Nottbeck, S.50 f., S.107.

4) Hohn, S.25 ff.; Lehmann, S.44; Pfister, S.78; Simmer, S.49; Stern, S.43; Völckers, S.24; Siebrecht, S.121, bis auf die Abwehraussperrung; Lauschke, DB 1966, 142 f., der allenfalls im Rahmen der Arbeitgeber-Solidarität und unter Mitgliedern eines Arbeitgeberverbandes eine Verzichtserklärung für Schäden, die durch eine rechtmäßige Aussperrung entstehen, für zulässig erachtet. Einen solchen Vorausverzicht sieht Lauschke als Mitgliedsbeitrag im Sinne von § 58 BGB an.

2. Ansicht von Brox-Rüthers

Zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangen Brox-Rüthers ¹⁾ über eine sinndeutende Auslegung des § 276 Abs.2 BGB in dem Fall einer sozialadäquaten Aussperrung ²⁾. Unter Heranziehung der Motive ³⁾ stellen Brox-Rüthers auf den Zweck dieser Vorschrift ab, welche die Haftungsbefreiungen ausschließen will, die "dem Wesen des Schuldverhältnisses" widersprechen. Durch den Haftungsausschluß bei vorsätzlichen Vertragsverstößen verliert das Schuldverhältnis zwar grundsätzlich seinen Sinn, da dann ein Vertragspartner der Willkür des anderen ausgeliefert wird. Brox-Rüthers sind jedoch der Ansicht, daß § 276 Abs.2 BGB einer Freizeichnung wegen Vorsatzes dann nicht entgegenstehe, wenn das Handeln des Schuldners nicht willkürlich sei, sondern durch übergeordnete Gesichtspunkte - wie bei einer rechtmäßigen Arbeitskämpfmaßnahme - bestimmt werde. Denn rechtmäßige = sozialadäquate Aussperrungen setzen objektiv eine Situation voraus, deren Eintritt vom Willen und Handeln des Schuldners weitgehend unabhängig sei, wenn der Schuldner auch letztlich in freier Selbstbestimmung, also vorsätzlich, handle. Dieser Fall, der im übrigen erst bei Vorliegen der sehr engen Voraussetzungen der Sozialadäquanz ⁴⁾ eintrete, werde aber von dem gesetzgeberischen Zweck des § 276 Abs.2 BGB nicht erfaßt.

Das Ergebnis der Wortinterpretation des § 276 Abs.2 BGB würde zudem das Kampfmittel der Arbeitgeberseite völlig entwerten und unserer Rechtsordnung widerspre-

1) § 16 IV 2 a, S.266.

2) Zustimmend: Froehlich-Eberstein, Ergänzung, "Vertragsklauseln", IX 5; F.Müller, S.91 f.; vgl. auch Krückmann, AcP 101, 433; Lorenz, S.41; in die gleiche Richtung weisen auch Andeutungen von Neugebauer, S.6, der dazu in dem nicht veröffentlichten Teil seiner Arbeit noch im einzelnen Stellung nehmen wollte. Ablehnend: Hohn, S.25 ff.; Lauschte, DB 1966, 143; ohne ausdrückliche Stellungnahme: Löwisch, AcP 165, 436 Fußn.42 a.

3) Bd. II, S. 31

4) Vgl. im einzelnen Brox-Rüthers, § 8 A II, S.22 ff.

chen, die den Arbeitskampf als Einrichtung und seinen Grundsatz der Waffengleichheit anerkenne, weil der Zulieferer-Arbeitgeber entweder wegen seiner vertraglichen Bindungen aus der tariflichen Kampffront ausscheiden oder andernfalls unvermeidbar für alle aussperrungsbedingten Vertragsstörungen haften müsse.

3. Stellungnahme

Auszugehen ist von dem Wortlaut des § 276 Abs.2 BGB, nach dem die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden kann. Dabei handelt es sich um eine zwingende Vorschrift, die in dem sonst weitgehend dispositiven Schuldrecht eine Ausnahme ist ¹⁾. Zwingendes Recht gebietet aber nicht, bei einer Buchstabeninterpretation stehen zu bleiben, die nur Vorbereitung der Auslegung sein kann, nicht jedoch notwendigerweise der Endpunkt der Rechtsfindung ist; es ist vielmehr nach dem Sinn dieser Vorschrift, insbesondere nach ihrer rechtspolitischen Zwecksetzung zu fragen ²⁾. Als Erkenntnisquelle dazu dienen zunächst die Materialien zum BGB, welche die Entstehungsgeschichte des § 276 Abs.2 BGB erkennen lassen. Die Motive ³⁾ zu dem heutigen § 276 Abs.2 BGB enthalten den schon nach der damaligen Rechtsauffassung ⁴⁾ für das Schuldverhältnis begriffsnotwendigen Satz, daß die Haftung wegen vorsätzlicher Nichterfüllung der Verbindlichkeit im Voraus nicht erlassen werden könne, weil ein derartiger Verstoß "dem Wesen des Schuldverhältnisses" widerspreche. Nach den Protokollen ⁵⁾ bestand gerade wegen dieser (begrifflichen) Selbstverständlichkeit Streit über die Aufnahme dieser Vorschrift in das BGB. Der Antrag auf Streichung dieser Bestimmung wurde

1) Vgl. Esser, § 8 2, S.23; Fikentscher, § 26 IV, S. 89; § 53 III 4, S.263; Larenz, Allgemeiner Teil, § 1 V, S.26.

2) Vgl. besonders Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S.36, 40.

3) Bd.II, S.31.

4) Z.B. Windscheid, § 265 1, S.55.

5) Bd.I, S.304, 305.

damals u.a. damit begründet, daß es schon gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoße, "sich einen Freibrief für die willkürliche Verletzung von Pflichten geben zu lassen, die man doch als ernstlich auf sich nehme". Die Aufnahme in das BGB hat man u.a. deshalb bejaht, weil die Verweisung auf die Nichtigkeit solcher Vereinbarungen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht in allen Fällen ausreiche. Als Hauptargument wurde aber angeführt, daß sich die Beibehaltung des heutigen § 276 Abs.2 BGB besonders wegen des in ihm enthaltenen argumentum e contrario bezüglich des damals streitigen Haftungsausschlusses für grobe Fahrlässigkeit empfehle ¹⁾. Daraus geht hervor, daß die Vorschrift des § 276 Abs.2 BGB an sich für so selbstverständlich gehalten wurde, daß man zumindest erwogen hat, sie gar nicht in das BGB auszunehmen, zumal die auch heute noch für alle Freizeichnungsklauseln entscheidende Schranke der §§ 138, 242 BGB vorhanden war. Daß der § 276 Abs.2 BGB dennoch Gesetz geworden ist, verdankt er letztlich - wie das Zitat der Protokolle deutlich ergibt ²⁾ - dem erwähnten begrifflichen argumentum e contrario für grobe Fahrlässigkeit zur Entscheidung einer bestehenden Streitfrage. Diese rechtspolitische Zwecksetzung des § 276 Abs.2 BGB trifft aber nicht - wie Brox-Rüthers ³⁾ zu Recht betonen - den vorliegenden Sachverhalt, in dem das

1) Die diesbezügliche Protokollstelle - Bd.I 304, 305 - lautet wörtlich (§ 225 des Entwurfs entspricht heute § 276 Abs.2 BGB):

"Die Mehrheit erklärt sich gegen die Streichung. Man ging davon aus, daß die Beibehaltung des § 225 aber insbesondere auch mit Rücksicht auf das in demselben enthaltenen argum.e contrario (hinsichtlich der Zulässigkeit eines Ausschlusses der Haftung für grobe Fahrlässigkeit, welche z.B. das schweizerische Bundesrecht nicht gestattete) sich empfehle, um die in dieser Beziehung im geltenden Recht bestehenden Streitfragen abzuschneiden. Eine verschiedene Behandlung von Vorsatz und Fahrlässigkeit aber rechtfertige sich schon durch die Verschiedenheit der Willensrichtung, die nur beim Vorsatz dem Wesen des Schuldverhältnisses zuwider laufe".

2) Vgl. vorhergehende Fußnote.

3) § 16 IV 2 a, S.266.

Handeln des Schuldners bei rechtmäßiger Aussperrung von übergeordneten (tarifpolitischen und arbeitskampfrechtlichen) Gesichtspunkten bestimmt wird. Hier - bei den engen Voraussetzungen der Sozialadäquanz ¹⁾ - besteht nicht die Möglichkeit, daß der Gläubiger der Willkür des Schuldners ausgeliefert ist und somit der eigentliche Schutzzweck des § 276 Abs.2 BGB relevant werden kann ²⁾. Ein derartiger Haftungsausschluß bei sozialadäquater Aussperrung berührt nicht den Normzweck des § 276 Abs.2 BGB.

Diese Auslegung des § 276 Abs.2 BGB entspricht auch den beiderseitigen Interessen der Vertragspartner, worauf in der Literatur ausdrücklich hingewiesen wird ³⁾. Es ist davon auszugehen, daß der Abnehmer-Gläubiger die Freizeichnungsklausel nur zum Schutz der berechtigten Interessen des Zulieferer-Schuldners und nicht als Freibrief für dessen Willkür in den Liefervertrag aufnimmt. Berechtigt ist das Freizeichnungsinteresse des Zulieferers aber nur in dem Fall einer sozialadäquaten = rechtmäßigen Aussperrung. Die Freizeichnungsklausel ist demnach nichtig (§ 134 i.V. mit § 276 Abs.2 BGB), wenn sich herausstellt, daß der Vorsatz des Zulieferers bei der Aussperrung seiner Arbeitnehmer gerade darauf gerichtet war, sich seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem Abnehmer zu entziehen. Denn es kann nicht angenommen werden, daß sich der Gläubiger mit der Vereinbarung der Klausel selbst schädigen will.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB ⁴⁾, kann bei dem Haftungsausschluß der durch ein von der Rechtsordnung erlaubtes Arbeitskämpfungsmittel bedingten Leistungsstörungen generell nicht angenommen werden.

1) Vgl. Brox-Rüthers, § 8 A II, S.122 ff.

2) Vgl. auch Esser, § 8 2, S.23.

3) Vgl. schon Krückmann, AcP 101, 433; Lorenz, S.41; vgl. auch F. Müller, S.92.

4) Vgl. dazu Enneccerus-Lehmann, § 43 II 1, S.189; Erman, § 276 Anm. 6 d aa; Palandt-Danckelmann, § 276 Anm.5 b; Soergel-Siebert-R.Schmidt, § 276, Rndnr. 62.

Würde man aber mit der Gegenansicht den § 276 Abs.2 BGB ohne Berücksichtigung seiner rechtspolitischen Zwecksetzung auch auf die hier zu behandelnden Sachverhalte anwenden, wäre es jedem vorsorglichen Schuldner versagt, durch Vereinbarung die Pflichtenkollision zwischen Vertragstreue und Verbandstreue oder Kampfsolidarität vorbeugend zu beseitigen. Da die Rechtsordnung einerseits die Vertragspflicht und die Verbandspflicht nebeneinander zulässt, ohne für den Fall ihrer Kollision einen Ausgleich zu schaffen, kann sie andererseits dem Zulieferer nicht die Möglichkeit nehmen, die in seiner Person kollidierenden Interessen im voraus aufeinander abzustimmen. Das kann aber nicht nur im Rahmen des Verbandsrechts geschehen, wie Lauschke ¹⁾ meint, weil verbandsfreie Zulieferer, für die sich der Konflikt mit dem möglichen Ausscheiden aus der Kampffront ebenfalls ergibt, insoweit nicht anders behandelt werden können als verbandsangehörige Unternehmen. Brox-Rüthers ²⁾ weisen in diesem Zusammenhang auch auf die Einhaltung des Grundsatzes der Waffengleichheit hin, da die Anwendung des § 276 Abs.2 BGB auf Freizeichnungsklauseln und die damit verbundene zwangsläufige Haftung bei aussperrungsbedingten Leistungsstörungen eine völlige Entwertung der rechtmäßigen Aussperrung als Kampfmittel bedeuten würde.

Somit scheitert die Freizeichnungsmöglichkeit bei der Aussperrung nicht an der Vorschrift des § 276 Abs.2 BGB.

IV. Vereinbarung der Freizeichnungsklauseln

1. Einzelvertrag

Die Freizeichnungsklauseln werden regelmäßig auf Grund besonderer Abmachung der Parteien Bestandteil der Lieferverträge. Darüberhinausgehend vertritt

1) DB 1966, 142 f.

2) § 16 IV 2 a, S. 266

Krückmann ¹⁾ die Ansicht, daß in jedem Vertrag kraft Treu und Glauben eine sog. gesetzliche Streikklausel enthalten sei, die nicht besonders ausgemacht zu werden brauche ²⁾. Die Anwendung dieser Klausel sei jedoch auf den Fall beschränkt, daß aus irgendwelchen Gründen dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden könne, sich auf die Streikforderung der Arbeitnehmer einzulassen. Dieser Meinung kann jedoch nicht gefolgt werden ³⁾. Daß die gesetzlichen Folgen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen in vielen Fällen nicht zu einer Haftungsfreistellung des Zulieferers führen, haben schon die Untersuchungen des ERSTEN ABSCHNITTS ergeben ⁴⁾. Krückmann kann auch deswegen nicht zugestimmt werden, weil er die Anwendung einer gesetzlichen Streikklausel von der Berechtigung der materiellen Kampfziele des Streiks abhängig machen will. Dies wurde schon als Begründung für ein Streikverschulden des Zulieferers abgelehnt ⁵⁾. Hier kann aber nichts anderes gelten, da es sonst in diesem Zusammenhang doch zu der abgelehnten Nachprüfung der Angemessenheit der Arbeitnehmerforderungen kommen würde. Insoweit ist also an dem Erfordernis einzelvertraglicher Vereinbarung der Freizeichnungsklauseln festzuhalten. Brox-Rüthers ⁶⁾ weisen zu Recht darauf hin, daß aber bei Fehlen einer ausdrücklichen Freizeichnungsklausel, ihre besondere Risikoverteilung im Einzelfall auch stillschweigend durch ergänzende Vertragsauslegung anzunehmen ist ⁷⁾. Dann ist anhand des insoweit lückenhaften Vertrages zu erforschen, was die Parteien vereinbart haben würden, wenn sie die Frage der Haftung bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen

1) AcP 101, 142 und 432 f.; vgl. auch Simmer, S.50.

2) Vgl. auch Neugebauer, S.28 ff., 30, 31, 36; Pfister, S.78; Völckers, S.22.

3) So auch Grober, S.42 f.; Pohle, S.73.

4) Vgl. § 10 oben.

5) Vgl. § 6 II 2 a oben.

6) § 16 IV 2 b, S. 267.

7) Zur ergänzenden Vertragsauslegung vgl. etwa Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, besonders S. 117 ff. m.w.N.

bedacht hätten. Die Wertungsmomente der Parteien sind den besonderen Umständen des Geschäftes, seinem Zweck und der Interessenlage zu entnehmen. Wegen des großen Risikos der Vertragshaftung wird zunächst davon auszugehen sein, daß jeder Vertragspartner versucht haben würde, das Risiko auf den anderen abzuwälzen. Dabei liegt es nahe, daß letztlich derjenige das Risiko tragen muß, der das größere Interesse an dem Zustandekommen des Liefervertrages hat. Das wird im Rahmen unserer freien Marktwirtschaft aus Konkurrenzgründen meist für den anbietenden Zulieferer zutreffen, so daß es im Falle des Fehlens von Freizeichungsklauseln an sich bei der gesetzlichen Haftungsregelung bliebe ¹⁾. Die Interessenlage genügt somit nicht zur Begründung einer stillschweigenden Haftungsausschlußvereinbarung. Das wurde auch schon in anderem Zusammenhang bei dem Sukzessivlieferungsvertrag festgestellt ²⁾. Es müssen vielmehr noch besondere Umstände hinzutreten ³⁾. So könnte beispielsweise aus Solidaritätsgründen ein stillschweigender Haftungsausschluß dann anzunehmen sein, wenn beide Vertragsparteien demselben Arbeitgeberverband angehören ⁴⁾. Auch die besondere Situation und nähere Ausgestaltung des Zulieferer-Abnehmer-Verhältnisses dürfte hierbei von Bedeutung sein. Wenn z.B. der Vertragspartner der alleinige Zulieferer des Abnehmers und der Abnehmer daher auf ihn angewiesen ist, liegt eine andere Risikoverteilung der Parteien nahe, weil der Zulieferer dann stärker ist, obwohl der Abnehmer in einem solchen Falle besonders gefährdet ist ⁵⁾. Da sich diese besonderen Umstände jedoch nur anhand des jeweiligen Vertragsverhältnisses feststellen lassen, können

1) Vgl. Lorenz, S.38 f.; vgl. auch schon oben § 6 II 2 b; § 7 II.

2) § 4 II.

3) So auch Neugebauer, S.28, 29.

4) Lorenz, S.39.

5) Ähnlich Simmer, S.48; Pfister, S.77, die auf die Macht des Zulieferers gegenüber dem Abnehmer abstellen.

hier keine allgemeingültigen Lösungen gebracht werden. Von einem Handelsbrauch (§ 346 HGB) einer stillschweigenden Haftungsausschlußklausel kann angesichts der Häufigkeit ausdrücklicher Klauseln nicht ausgegangen werden ¹⁾. Festzuhalten bleibt als Ergebnis, daß eine stillschweigende Vereinbarung über den Haftungsausschluß des Zulieferers im Einzelfall nicht ausgeschlossen ist.

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Parteien haben allerdings auch die Möglichkeit - und unter Vollkaufleuten ist das weitgehend üblich ²⁾ -, die Freizeichnungsklauseln in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufzunehmen ³⁾. Die generelle Problematik der AGB kann hier nicht im einzelnen erörtert werden ⁴⁾. Die die Freizeichnungsklauseln enthaltenden AGB müssen aber auch an den §§ 138, 242, 315 BGB ⁵⁾ gemessen werden; bezüglich der hier ähnlichen Problematik bei § 276 Abs.2 BGB wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen ⁶⁾. Die AGB können ausdrücklich (durch Verweisung auf sie im Liefervertrag oder durch Geschäftsbedingungsvertrag) oder stillschweigend (§§ 150 f. BGB) oder unter Kaufleuten kraft Verkehrssitte oder Handelsbrauch (§ 346 HGB) Inhalt des Liefervertrages werden ⁷⁾.

1) So auch Neugebauer, S.30.

2) Vgl. Froehlich-Eberstein, S.15 f.

3) Esser, JZ 1963, 491 Fußn.10; Hohn, S.25.

4) Vgl. dazu Blomeyer, § 18 III 2, S.77 ff.; Erman, § 276 Anm. 6 d; Esser, § 12, S.38 ff.; v.Nottbeck, Über die Grenzen der Freizeichnung in Allgemeinen Lieferungsbedingungen; Palandt-Danckelmann, § 276 Anm. 5 b; § 157 Anm.5; Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Weber, NJW 1968, 1 ff. m.w.N.; zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse der AGB vgl. Kliege, a.a.O.

5) Zu § 315 BGB vgl. BGH NJW 1963, 99 f.; Lukes, NJW 1963, 1897 ff.

6) § 10 III.

7) Zu den Einzelheiten vgl. besonders Weber, NJW 68, 4 f.; Froehlich-Eberstein, S.15 f.

§ 11 FREIZEICHNUNGSKLAUSEL

I. Art der Klausel

Für die Freizeichnung bei Leistungsstörungen wird hier eine Höhere-Gewalt-Klausel in Form einer Generalklausel vorgeschlagen. die zu einer Entlastung bei jedem Leistungshindernis, das auf höhere Gewalt beruht, führt. Damit werden Auslegungsschwierigkeiten vermieden, die bei Spezialklauseln mit bestimmten Fällen höherer Gewalt (z.B. Blitzschlag, Brand, Krieg, Beschlagnahme) und bei General-Spezial-Klauseln auftreten können ¹⁾. Ohne auf den Streik der objektiven und subjektiven Theorie über den Begriff "höhere Gewalt" einzugehen ²⁾, wird hier - der Rechtsprechung folgend ³⁾ - höhere Gewalt als ein von außen kommendes (betriebsfremdes), außergewöhnliches, unvorhersehbares und unvermeidbares Ereignis angesehen. Streik und Aussperrung erfüllen aber diese Begriffselemente nicht. Sie stellen weder ein von außen in den Betrieb eingreifendes Ereignis dar, noch können sie als Bestandteil des Arbeitskampfrechts für außergewöhnlich oder unvorhersehbar gehalten werden ⁴⁾. Daher wird für die Freizeichnung bei Arbeitskampf - wie in der Praxis üblich ⁵⁾ - eine Spezialklausel empfohlen.

Die folgenden Freizeichnungsklauseln können allerdings nur bei Inlandgeschäften vereinbart werden. Auf die zusätzlichen Schwierigkeiten der Vereinbarung solcher Klauseln bei Auslandsgeschäften wird hier nicht näher eingegangen ⁶⁾.

1) Vgl. dazu Beitzke, DB 1967, 1751.

2) Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, § 219 S.1350 f.; Lehmann-Hübner, § 42, S.357 f.

3) RGZ 101, 95; 171, 104; RG JW 1931, 865 in ständiger Rechtsprechung; BGHZ 7, 338 (339); vgl. dazu auch Beitzke, DB 1967, 1752.

4) So RGZ 110, 209 (211 f.); Beitzke, DB 1967, 1752; Dohnau, S.70 ff.; Esser, JZ 1963, 490 f.; Grober, S.30; Pohle, S.70; Simmer, S.26 ff.; Lehmann, S.28; vgl. auch schon oben § 6 II 1 b, S. 81 f.

5) Vgl. Bulla, DB 1963, 756; Froehlich-Eberstein, Ergänzung "Vertragsklauseln" IX 6; Hohn, S.28 f.

6) Vgl. dazu ausführlich v.Beringe DB 1963, 757; Hohn, S.29 f.

Da es dem billigen Interesse des Abnehmer-Gläubigers entspricht, wenn für ihn eine Gegenfreizeichnungsklausel für den - bei unserer Problemdarstellung ausgeklammerten ¹⁾ - Fall des Arbeitskampfes im Abnehmerbetrieb und des dadurch bedingten Gläubigerverzuges vereinbart wird, soll dies bei dem Klauselvorschlag berücksichtigt werden.

II. Wortlaut der Klausel

"Leistungsstörungen.

1) Unmöglichkeit:

Soweit die Leistung des Zulieferers durch Umstände, die von außen kommen, außergewöhnlich, unvorhersehbar und unvermeidbar sind, unmöglich wird oder schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unmöglich ist, wird der Zulieferer von seiner Verpflichtung zur Leistung frei, ohne daß der Abnehmer andere Rechte (z.B. Schadensersatz, Rücktritt vom Vertrag) geltend machen kann.

2) Schuldnerverzug:

Soweit der Zulieferer durch den Eintritt der unter 1) angeführten Umstände an der Bewirkung der Leistung vorübergehend verhindert ist, verlängert sich die Lieferfrist in angemessenem Umfang, ohne daß der Abnehmer andere Rechte geltend machen kann.

3) Gläubigerverzug:

Soweit der Abnehmer durch den Eintritt der unter 1) angeführten Umstände an der Annahme der Leistung vorübergehend verhindert ist, verlängert sich die Annahmefrist in angemessenem Umfang, ohne daß der Zulieferer andere Rechte geltend machen kann.

4) Die Rechtsfolgen der Ziffer 1)bis 3) gelten ebenso im Fall arbeitskampfbedingter, d.h. durch Streik oder (und) rechtmäßige Aussperrung verursachte Leistungsstörungen.

Die Haftung wird auch für jedes Verschulden der Betriebsangehörigen ausgeschlossen.

5) Alle Hindernisse sind dem Vertragspartner unverzüglich mitzuteilen. Soweit dies unterlassen wird,

1) Vgl. oben § 2 IV 1, S.31.

entfällt die günstige Rechtsfolge."¹⁾ 2)

C. SCHLUSS

§ 12

ERGEBNIS UND RECHTSPOLITISCHER HINWEIS

Die Darstellung der gesetzlichen Folgen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen hat ergeben, daß das Gesetz zur Frage des Arbeitskampfrisikos nicht ausdrücklich Stellung nimmt und es somit an der Stelle beläßt, bei welcher der Arbeitskampf eintritt. Um i.S. einer praxisnahen Lösung der besonderen Interessenlage des Zulieferer-Abnehmer-Verhältnisses in unserer zwischenbetrieblich-arbeitsteiligen Wirtschaft gerecht zu werden, wurde daher dem Zulieferer und dem Abnehmer empfohlen, die vorgeschlagenen Freizeichnungsklauseln zu vereinbaren, wenn sie den gesetzlichen Haftungsfolgen entgehen wollen. Ein anderer Weg zur Haftungsbefreiung oder Haftungsbeschränkung im Zulieferer-Abnehmer-Verhältnis ist de lege lata nicht gegeben.

Aber auch die de lege ferenda vorgeschlagene Haftungsreduktion ³⁾ dürfte nach dem jetzigen Stand der gesetzgeberischen Planungen für die hier behandelten Sachverhalte nicht in Betracht kommen. Zwar sieht der Referentenentwurf zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften ⁴⁾ in Art.1 Ziff.2 die Ein-

-
- 1) Wegen der eindeutigen Rechtsfolge aus §§ 275 ff., 281 BGB kann in Ziff.1) der vorgeschlagenen Klausel der Zusatz entfallen: " Dies gilt ohne Unterschied, ob die genannten Umstände bei dem Zulieferer oder bei einem Unterzulieferer eintreten." Anders Bulla, DB 1963, 756; Froehlich-Eberstein, a.a.O., IX 6; Hohn, S.29.
 - 2) Der Haftungsausschluß bezügl. der Betriebsangehörigen erfolgt wegen der noch nicht höchstrichterlich entschiedenen Streitfrage bei § 278 BGB. Die Problematik bezügl. des Vorsatzausschlusses ergibt sich hier wegen § 278 S.2 BGB nicht; vgl. auch Brox-Rüthers, § 16 II 3, S.261.
 - 3) Vgl. oben § 8 I.
 - 4) BMDJ, I Wortlaut, S.2

fügung einer allgemeinen Reduktionsklausel in das BGB ¹⁾ für den Fall vor, daß der Schaden im Hinblick auf die die Ersatzpflicht begründenden Umstände außergewöhnlich hoch ist und die Ersatzpflicht für den Ersatzpflichtigen auch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gläubigers zu einer schweren Unbilligkeit führen würde. Als außergewöhnlich hoch können jedoch schon nach der Begründung des Entwurfs ²⁾ wegen des Wortlauts der Reduktionsformel die Schäden nicht angesehen werden, die bei Vertragsschluß als das gewöhnliche und voraussehbare Vertragsrisiko erkannt werden oder erkennbar waren. Von dieser Ausnahme würden die hier behandelten Fälle erfaßt, weil der durch arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen verursachte Schaden schon heute als gewöhnliches und voraussehbares Vertragsrisiko anzusehen ist ³⁾.

1) § 255 a BGB neu.

2) BMDJ, II Begründung, S.29 ff., 46.

3) Vgl. oben § 6 II 2 b.

Lebenslauf

Am 1. Januar 1940 wurde ich als Sohn des damaligen Amtsgerichtsrats Paul Stempel und seiner Ehefrau Margaretha, geb. Wolter in Habelschwerdt, Grafschaft Glatz/Schlesien, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Flucht kam ich 1947 in Allendorf bei Osnabrück in die Volksschule. Ab 1951 besuchte ich den humanistischen Zweig des Ratsgymnasiums Osnabrück und legte dort am 24. Februar 1960 die Reifeprüfung ab. Vom Sommersemester 1960 bis zum Wintersemester 1963/64 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster Rechts- und Staatswissenschaften. Am 12. September 1964 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Dann wurde ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Oberlandesgerichtsbezirks Celle eingestellt. Die große juristische Staatsprüfung legte ich am 13. Dezember 1968 vor dem Landesjustizprüfungsamt bei dem Niedersächsischen Ministerium der Justiz ab.

